



Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?

*Edité sous la direction de
Philip D. Jaffé, Zoé Moody,
Romaine Schnyder
et Jean Zermatten*

CENTRE INTERFACULTAIRE
EN DROITS DE L'ENFANT



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage...et l'enfant?

Actes du 7^e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE).

19-20 mai 2016



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

CENTRE INTERFACULTAIRE
EN DROITS DE L'ENFANT



Cet ouvrage peut être commandé au Centre interfacultaire en droits de l'enfant - Université de Genève

Juin 2017. Tous droits réservés.

Reproduction, même partielle, interdite sous quelque forme ou sur quelque support que ce soit sans l'accord écrit de l'éditeur.

EDITEUR

Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE), Université de Genève

Case postale 4176 – 1950 Sion 4 – Suisse

Tél +41 (0) 27 205 73 93 – Fax +41 (0) 27 205 73 01

Web: www.unige.ch/cide

COMITE DE REDACTION

Philip D. Jaffé

Jean Zermatten

Romaine Schnyder

Hortense Hofer

*Le **Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE)** de l'Université de Genève, situé à Sion dans le canton du Valais (Suisse) est une entité académique fondée sur la notion d'inter- et transdisciplinarité qui propose des formations avancées spécialisées et regroupe des chercheurs universitaires examinant l'émergence de l'enfant comme sujet de droits et les adaptations sociales et légales qui en découlent. Pour des renseignements sur le Master interdisciplinaire en droits de l'enfant (MIDE) et les autres formations dispensées, consulter www.unige.ch/cide.*

L'Institut international des droits de l'enfant (IDE), fondé en 1995, est une fondation de droit privé suisse avec statut consultatif auprès d'ECOSOC, à portée internationale. Ses objectifs sont une sensibilisation aux droits de l'enfant, une formation des personnes chargées d'appliquer ces droits et l'instauration d'une culture ou d'un esprit «droits de l'enfant». Son activité s'appuie sur la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989). Son site Internet, www.childsrightrights.org, est une mine reconnue d'informations pertinentes relatives à l'enfance.

CENTRE INTERFACULTAIRE EN DROITS DE L'ENFANT

www.unige.ch/cide



INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT

www.childsrights.org



HAUTE ÉCOLE PÉDAGOGIQUE DU VALAIS

www.hepvs.ch



HAUTE ÉCOLE SPÉCIALISÉE DE SUISSE OCCIDENTALE

www.hevs.ch



CANTON DU VALAIS SERVICE CANTONAL DE LA JEUNESSE

www.vs.ch



Pour l'organisation de son 7^e colloque international «Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage... et l'enfant?» les 19 et 20 mai 2016, le Centre interfacultaire en droits de l'enfant de l'Université de Genève, l'Institut international des droits de l'enfant, la Haute école pédagogique du Valais, la Haute école spécialisée de Suisse occidentale Valais et le Service cantonal de la jeunesse du Canton du Valais ont bénéficié de l'aide et du soutien des entités suivantes:

- Commune de Sierre
- Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
- Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS)
- Société académique du Valais (SAV)
- Donna2
- Coordination romande des organisations paternelles

Nous remercions ces institutions pour leur contribution.

Table des matières

<i>Accueillir de nouvelles formes de parentalité tout en préservant l'intérêt supérieur de l'enfant: Un colloque qui accepte cette gageure!</i>	7
Christian NANCHEN Philip D. JAFFÉ	
<i>Qu'est-ce que la famille?</i>	11
Nicole PRIEUR	
<i>Paters familias vs toute puissance maternelle. Evolution de la société vers l'autorité parentale conjointe et la garde alternée.</i>	21
Gérard NEYRAND	
<i>L'autorité parentale conjointe et la garde alternée en droit suisse</i>	31
Michelle COTTIER	
<i>Intérêt supérieur de l'enfant, le point de vue du droit</i>	43
Jean ZERMATTEN	
<i>Contradictions apparentes entre diverses études sur la résidence alternée</i>	49
Gérard POUSSIN	
<i>La santé des enfants de familles en séparation</i>	59
Vittorio VEZZETTI	
<i>Divorce, multidisciplinarité, nouvelles approches</i>	63
Anne REISER	
<i>La garde alternée, ça marche?</i>	73
Marie-France CARLIER	
<i>La garde alternée, ça marche?</i>	79
Félix SCHÖBI	
<i>La résidence alternée: Un droit des parents subordonné à l'intérêt de l'enfant</i>	87
Marc JUSTON	
<i>La résidence alternée chez les tout-petits: Besoins et capacités du jeune enfant</i>	91
Francine CYR	
<i>Begünstigt die Mediation das Modell „alternierende Obhut“? Internationale Erfahrungen</i>	111
Christine MEIER REY	
<i>La médiation favorise-t-elle la garde alternée?</i>	115
Lorraine FILION	

<i>La médiation favorise-t-elle la garde alternée?</i>	129
Dominique LEFEUVRE	
<i>Die alternierende Obhut-Betreuungsmodelle vom Kind her denken: teilhaben dürfen statt wechseln müssen</i>	137
Heidi SIMONI	
<i>Les familles dansent. Quelques réflexions finales sur la parentalité et la filiation.</i>	149
Jacques FIERENS	
<i>Synthèse finale</i>	161
Séverine CESALLI	

Accueillir de nouvelles formes de parentalité tout en préservant l'intérêt supérieur de l'enfant: Un colloque qui accepte cette gageure!

Christian NANCHEN

Chef du Service cantonal de la jeunesse, Valais, Suisse

Philip D. JAFFÉ

Professeur et Directeur du Centre interfacultaire en droits de l'enfant de l'Université de Genève, Suisse

L'objectif du colloque, *Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage...et l'enfant?*, dont vous découvrirez les actes, était de faire le point sur les changements sociaux et juridiques de ces dernières années en Suisse en matière de séparation, de divorce et de garde alternée, de voir dans quelle mesure ces changements influencent les prises en charge professionnelles, d'examiner la place accordée à l'enfant dans ces situations et l'impact de ces dernières sur son développement, et de recenser les positions de différents professionnels et de la recherche scientifique sur ces questions. Avec comme point de mire de préserver le bien-être des enfants et de favoriser chez eux un développement harmonieux. Pour ce faire, nous avons constitué un comité scientifique plus élargi que de coutume. Aux représentants traditionnels issus des hautes écoles se sont joints des professionnels du social directement confrontés aux familles gérant leur dissolution, ainsi que des acteurs du monde associatif, avant tout des parents concernés et souhaitant mettre en avant les nouvelles formes de parentalité et les modalités qui profitent aux enfants.

En toile de fond des travaux abordés au cours du colloque, il convient de poser un cadre historique. Avec les évolutions sociales des 40 dernières années, la famille - sa structure, ses formes, son image- a sans conteste connu de profondes modifications. Ces dernières ont eu un impact important tant sur les enfants que sur les parents.

Jusqu'au sortir de la Seconde Guerre mondiale, la famille était généralement composée de deux parents et d'enfants, souvent nombreux. Les couples se mariaient tôt et ne divorçaient que rarement, les femmes ne travaillaient pas et le mari/le père était la figure d'autorité légalement désignée. Puis, à la suite de la guerre, des changements sociaux et économiques sont intervenus (régression de l'agriculture, industrialisation, travail du père loin de sa famille, nécessité grandissante pour les mères d'avoir une activité salariée, influence de l'information et de la publicité, ...), générant une mutation rapide des structures familiales.

Ainsi, dans les années 70 et suivantes, le taux de natalité et le taux de nuptialité ont reculé, l'âge au moment du mariage et l'âge à l'arrivée du premier enfant ont augmenté, les divorces sont devenus de plus en plus courants, tout comme les unions libres et les naissances hors mariage. Dès lors, la famille n'est plus nécessairement

composée des deux parents et des enfants. L'évolution des mœurs et plus particulièrement l'acceptation grandissante du divorce -actuellement considéré comme une étape parmi d'autres au cours de l'existence- a influencé les familles en tant que structure sociale d'un genre particulier, de même que les parents et les enfants en tant qu'individus.

En premier lieu, l'augmentation des divorces -même si elle n'en est pas l'unique cause- provoque l'augmentation du nombre de familles monoparentales. Ces structures familiales spécifiques sont confrontées à différentes problématiques, telles que risque de pauvreté accru, nécessité pour les chefs de famille -le plus souvent des femmes- d'augmenter parfois leur temps de présence sur le marché du travail, ou encore la nécessité de trouver des solutions pour concilier vie privée et vie professionnelle. Ces difficultés, rencontrées par les parents, se répercutent considérablement sur les enfants en termes relationnels et financiers notamment.

En second lieu, l'augmentation des divorces module inexorablement les conditions de vie des enfants. En effet, vivre avec un seul parent, après une séparation, génère pour l'enfant des adaptations importants du mode de vie (plusieurs lieux de résidence, éventuel changement d'école, risque de passer moins de temps avec les amis, ...). Pour l'enfant, être exposé à la dissolution de sa famille et devoir s'adapter à cette nouvelle situation n'est pas simple, même si les processus de séparation entre les parents se déroulent, comme on dit, à l'amiable. Si la plupart des enfants ont les ressources pour faire face à cette perte de repères et au stress ainsi généré, il est important qu'ils soient reconnus dans ce qu'ils vivent et que leurs besoins soient pris en compte par l'entourage. Les difficultés les plus communément rencontrées sont la présence d'émotions contradictoires (tristesse, colère, soulagement, espoir, culpabilité, plaisir, peur, ...), le conflit de loyauté, la parentification (confident, consolateur auprès d'un des parents, messenger entre les parents, «chef» de famille). La présence de conflits parentaux -probabilité augmentée en raison du nombre croissant de divorces- représente un risque manifeste de voir apparaître chez l'enfant ces problématiques avec des niveaux exacerbés et nécessitant alors une attention et parfois une prise en charge professionnelles.

Les réactions manifestées par l'enfant, en lien avec ces difficultés, sont fonction de son âge et de son stade de développement et peuvent être de natures diverses: troubles de l'humeur et/ou du comportement, réactions dépressives ou, à l'inverse, une agitation hypomaniaque masquant la dépression, difficultés scolaires au niveau des apprentissages et/ou des relations, troubles du sommeil, manifestations psychosomatiques variées, incidents dans la vie quotidienne, etc. Quoi qu'il en soit, reconnaître ces manifestations, c'est reconnaître la souffrance de l'enfant et être en mesure de l'accompagner durant cette période de changement et de fragilité émotionnelle. Faut-il rappeler que l'enfant découvre souvent que ses parents sont moins disponibles que de coutume, car empêtrés dans leurs propres transitions

relationnelles difficiles, ce qui constitue pour lui un élément de désarroi supplémentaire.

Si les changements engendrés par une séparation sont marquants pour les enfants, ils le sont également pour les parents. En effet, les parents doivent trouver de nouvelles stratégies de fonctionnement, car la dissolution des liens conjugaux n'entraîne nullement un abandon des responsabilités parentales. Certains y parviennent, faisant preuve d'une parentalité positive pour le bien de l'enfant. Ces parents, quels que soient leurs ressentis, sont en mesure de mobiliser les ressources leur permettant de faire passer les besoins et l'intérêt de l'enfant au premier plan. D'autres, en revanche, faute d'un travail de deuil de leur relation passée, exercent une forme de violence éducative, souvent non intentionnelle. Ainsi, ces parents tentent de continuer à atteindre l'autre par l'intermédiaire de l'enfant, dont la place réelle est ainsi dénaturée en raison du chantage affectif dont il devient l'objet. Dans de telles situations, il importe de proposer aux parents des moyens d'instaurer une parentalité positive et de les soutenir dans ce processus, car la recherche suggère clairement que la capacité des enfants à s'adapter à la séparation et au divorce dépend en grande partie de la capacité des parents à s'y adapter eux-mêmes et de réduire autant que se peut l'intensité de leur conflictualité. L'une des stratégies possibles est, par exemple, la médiation familiale offrant aux parents un espace de mentalisation et d'expression de leurs conflits, leur donnant l'opportunité de rétablir la communication et de trouver, par eux-mêmes, des solutions négociées concernant l'exercice conjoint de leur rôle de parents. La conséquence positive visée étant la réduction de la souffrance de l'enfant.

Mais finalement, quelle que soient les nouvelles modalités relationnelles établies et/ou les difficultés rencontrées, les parents ont à faire face à une nouvelle approche de leur parentalité (garde alternée, droit de visite, autorité parentale conjointe, ...) et ils ne devraient pas perdre de vue que l'important est de permettre à l'enfant d'avoir la meilleure vie possible avec accès à ses deux parents.

Les différentes contributions qui composent les actes de ce colloque sont de bon augure pour répondre à la gageure que nous annonçons en titre.

Qu'est-ce que la famille?

Nicole PRIEUR

Psychologue et philosophe, Paris, France

Lorsqu'on m'a demandé de parler des nouvelles formes de parentalité, je me suis dit «chic», lorsque j'ai vu le titre que l'on donnait à ma conférence «qu'est ce que la famille» je me suis dit «zut» ! En effet il y a comme une contradiction mais qui dit bien à quel point nos référents nous piègent.

Parce qu'aujourd'hui de nouvelles formes de parentalités surgissent, justement nous ne pouvons parler de La famille, comme si un modèle unique s'imposait. La référence à un modèle unique qui serait le bon -la norme- est dangereux, cela laisserait supposer que les autres sont mauvais, et d'ailleurs je serai bien incapable de dire parmi toutes les formes de familles que je rencontre laquelle serait à mettre en exemple pour la protection de l'enfant. J'ai pu observer des drames, des souffrances chez les enfants élevés dans des structures traditionnelles, avec la présence d'un papa et d'une maman, j'ai pu voir des enfants épanouis élevés par une mère seule ou deux mamans.

Justement, comme il n'est plus possible de se référer à un modèle de famille qui serait exclusivement le bon, je me propose plutôt de voir avec vous, qu'est-ce qui fait famille?

Que faut-il faire pour qu'un enfant se sente le fils ou la fille de son père ou de sa mère, quelles fonctions, quelles places, quelle posture doit avoir un homme, une femme pour être reconnu comme parent par un enfant, pour respecter sa place et sa fonction parentale? Car bien évidemment, l'amour ne suffit pas, il ne suffit pas d'aimer un enfant pour le faire grandir, que de désastres avons-nous déjà constaté au nom des meilleurs sentiments, au nom de la plus sincère bienveillance !

Si cette question fait sens aujourd'hui et qu'elle me semble centrale, à savoir qu'est ce qui fait famille, quelle que soit la structure et la forme qu'elle présente, c'est qu'en fait, mine de rien, et sans que l'on en mesure tout à fait la portée et les conséquences, nous sommes devant une véritable révolution anthropologique, qui agit comme un raz-de-marée et nous invite à revoir nos référents de base, nos définitions et outils de réflexion, tout comme nos outils pédagogiques.

Si vous êtes aujourd'hui réunis surtout pour évoquer la question du partage de la résidence dans le cas des séparations, je pense que la révolution anthropologique à laquelle je fais référence, à la suite de Maurice Godelier, met en évidence que ce qui pose question autour des familles ne relève pas seulement des divorces et recompositions. De quoi s'agit-il? Une révolution anthropologique.

Cette révolution anthropologique est à l'œuvre, tacitement, depuis environ 30 ans. Les premiers bébés «éprouvette», les progrès de la médecine, ont ouvert des possibilités inédites. Grâce aux différentes techniques de PMA, FIV, IAD, dons d'ovocyte, l'enfant n'est plus nécessairement issu de la sexualité de ses parents.

On pourrait dire que le premier élément de la révolution anthropologique est le suivant: le socle sexuel n'est plus l'unique lieu originel. Une relation sexuée n'est plus indispensable, l'enfant n'est plus nécessairement «sang de mon sang», «chair de ma chair.»

Cela pose déjà la question de la place du tiers impliqué dans l'engendrement d'un enfant, le médecin et son équipe, le donneur de sperme ou la donneuse d'ovocyte, la femme qui porte l'enfant dans le cas des gestations pour autrui. A la fois indispensable et à la fois si peu présent dans la vie du couple et de l'enfant, ce tiers, et parfois ces tiers, occupe-nt une place symbolique qu'il s'agit de ne pas nier.

Deuxième élément de cette révolution anthropologique: le sexe ne crée plus le genre. A partir du moment où il y a déconstruction du genre, un enfant peut être élevé par deux parents du même sexe, un homme peut assurer une fonction maternelle.

Cette révolution anthropologique, selon Marcel Gauchet «se caractérise au final par une société qui dissocie ce qui relève de la sexualité (libre), de la famille (un vouloir vivre ensemble, dans la durée ou non, de deux êtres quel que soit leur sexe), de l'engendrement (un désir d'enfant privé) et de filiation (non indexée sur la vérité biologique). Ces différentes fonctions, autrefois rassemblées dans l'unité de la famille sont aujourd'hui dispersées dans des espaces qui se veulent distincts. La crise de la famille ne tient ni à l'augmentation des divorces, ni à la revendication de mariages homosexuels, mais plutôt à l'éclatement et à la dispersion des fonctions que, traditionnellement, elle réunissait».

Nous sommes tous concernés par cette révolution anthropologique, directement ou indirectement. Aujourd'hui tout est à repenser.

La mère n'est plus forcément celle qui porte l'enfant, le géniteur n'est pas le père qui élève l'enfant, on n'a plus besoin d'être deux pour faire, adopter ou élever un enfant, le couple parental n'est plus seulement constitué d'un homme et d'une femme. Qui est mère? Qui est père? L'homme ou la femme qui a donné son sperme ou son ovocyte, la femme qui porte l'enfant, l'homme qui a sollicité la mère porteuse, celle ou celui qui l'élève, qui donne son nom, qui a abandonné, qui a adopté, le beau-père qui se lève la nuit pour rassurer l'enfant de sa compagne? Le père du week-end?

Il y a comme une abondance, une prolifération de mères et de pères autour de certains enfants. Il est important de réfléchir aux places et fonctions réelles et symboliques de toutes ces figures.

La famille est une réalité qui ne cesse de se transformer avec une rapidité qui prend de court toutes nos anciennes représentations, et nous oblige à les déconstruire pour les penser autrement. Devant la diversité inédite des nouvelles parentés, nous sommes face à un énorme chantier qui nous invite à prendre en compte à la fois la spécificité de chaque structure familiale, et à la fois à réfléchir à ce qui fonde l'essence même de la relation parent-enfant, et qui transcende la différence de structure.

Quel que soit le mode de parenté, de quelque manière que l'on ait pu créer sa famille, que l'on fasse famille, nous sommes tous renvoyés à la définition *essentielle*, qu'est-ce que «être mère», «être père», «être parent», quelle que soit la structure familiale, et son orientation sexuelle.

Au-delà des spécificités dans l'exercice de la parentalité, selon sa structure familiale, nous sommes tous renvoyés, qu'on soit parent adoptif, seul à élever l'enfant, dans une famille nucléaire, homoparentale, adoptive à des questions fondamentales: que dois-je mettre en œuvre dans ma position parentale pour que mon enfant se reconnaisse comme fils ou fille de, inscrit dans une appartenance, une filiation, engagé dans son devenir propre, et qu'il puisse trouver sa place dans le monde qui l'entoure.

Comment structurer le lien, autour de quel pôle? Je proposerai au moins cinq dimensions qui me semblent, entre autres, garantir la structuration du lien.

1- Le lien éthique: don, dette et loyauté

Ce qui caractérise, le lien intergénérationnel, à mon sens et qui le structure d'une manière spécifique, c'est la dimension éthique de ce lien et son asymétrie. Dans la relation parents-enfants, même si les enfants ont horreur d'entendre le sempiternel «Avec tout ce que j'ai fait pour toi!» ce constat est bien réel.

Les parents ne cessent de donner à leurs enfants. Depuis la naissance de leurs enfants jusqu'au-delà de leur propre mort, les parents n'en finissent pas de donner à leurs enfants. Ces mouvements massifs de dons descendants vers les générations nouvelles instituent une asymétrie, unique en son genre et exclusive à la relation parents/enfants. Car ce que les parents reçoivent en retour cela ne fait pas le poids par rapport à tout ce qu'ils donnent. En fait, nous sommes dans une configuration de liens tout à fait spécifiques, dans laquelle les parents donnent sans compter à des enfants qui comptent ce qu'ils ne reçoivent pas !

Ces dons créent des dettes, qui à leur tour créent des loyautés. Mais honnêtement, que peut rendre vraiment un enfant, quel que soit son âge? Nous sommes dans une véritable disproportion de moyens. Dons et dettes ne pourront jamais s'équilibrer. Ce que reçoit un enfant est tellement incommensurable qu'il ne pourra jamais -quoiqu'il fasse- s'acquitter de sa dette. Dans ce lien, nul ne pourra «ramener» les compteurs à zéro. C'est la spécificité absolue du lien parent-enfant. C'est une des lois humaines qui inscrit l'individu dans une relation d'obligations inéluctables envers les ascendants.

On restera toujours peu ou prou débiteur à l'égard des générations passées. Cette asymétrie expose, confronte chaque homme, chaque femme, à trois questions essentielles, qui l'interpelleront tout au long de sa vie, et qui le constituent comme sujet éthique. «Qu'ai-je reçu?» «De quoi suis-je redevable, envers qui?» «Que transmettre à mon tour, à qui?»

L'éthique, c'est cette interrogation constante sur ce que je dois à l'autre pour le respecter et ce que je me dois à moi-même pour me respecter. Pour Emmanuel Levinas: «L'éthique serait cette dette que je n'ai jamais contractée». Ce qui lie l'enfant à son parent, c'est cette dette, quoi qu'il en fasse. Ce qui lie un parent à son enfant, ce sont ces dons, mais aussi la responsabilité à laquelle ces dons obligent. En tant que parent, il s'agit de ne pas donner de n'importe quelle manière. Deux choses me semblent importantes, premièrement donner en libérant l'enfant d'avoir à rendre au-delà de ce qu'il est possible de rendre, et deuxièmement donner en acceptant que la chose donnée ne nous appartient plus.

Pour parvenir à donner de la manière la plus juste possible, il me semble nécessaire en tant que parent de transformer et de clarifier sa propre position d'enfant par rapport à ses parents, à la génération du dessus. Car être parent, cela ne se joue pas seulement entre un père/une mère et son enfant, mais également entre ce père, cette mère et ses propres parents. La manière dont il/elle va se situer vis-à-vis de la génération du dessus est déterminante, on ne s'en rend pas toujours compte. Quand on devient parent, on n'en reste pas moins l'enfant de ses propres parents, si on ne continue pas à grandir vis-à-vis d'eux, on risque de ne pas tout à fait prendre sa place de père, de mère, on risque de ne pas respecter la place de son enfant et on risque de donner à son enfant des assignations ambiguës, transmettre des mandats qui ne respectent pas sa place d'enfant.

En un mot respecter sa place de parents suppose que l'on continue à grandir, c'est une des responsabilités centrales de la fonction parentale.

2- Le lien moral: Rester à sa place d'adulte, c'est-à-dire grandir !

Grandir, qu'est-ce que cela veut dire quand on a 35/40/50 ans? Peut-être cela renvoie-t-il à trois actes.

D'abord, grandir, c'est solder les comptes non solvables. C'est-à-dire ne plus revenir sur les défaillances parentales, ni sur les carences de notre enfance. Ne plus attendre l'impossible, ne plus espérer de manière naïve que les parents puissent nous apporter un jour ce qu'ils n'ont pu nous donner jusqu'à présent. Réclamer un dû nous inscrit dans une logique de droit destructeur. En un mot, il s'agirait de ne plus rien attendre, ne plus rien espérer d'eux. Reconnaître que les parents ne nous doivent plus rien désormais.

Le deuxième acte: reconnaître ce qu'on a reçu, plutôt que de rester le regard fixé, rivé sur nos manques. On reçoit des générations passées bien plus qu'on ne l'imagine. Commencer à compter, c'est-à-dire à identifier ce qui nous fut transmis, nous enracine dans notre histoire, structure notre identité.

Enfin, reconnaître que nous n'avons pas de comptes à demander aux générations passées, sur ce qu'ils font, disent, sont, ou sur ce qu'ils ne peuvent pas faire, ne veulent pas, ne sont pas...

Il s'agit d'un véritable travail d'exonération qui permet de sortir de la position infantile. Exonérer ses propres parents, solder ses comptes avec les générations précédentes, régler nos propres dettes et nos dus pour ne pas demander aux enfants de le faire à notre place, pour ne pas leur demander de combler, réparer les manques de notre enfance, cela permet aux pères et aux mères d'honorer leur place.

3- Le lien de filiation qui se tisse avec la transmission de ses origines à l'enfant

D'où venons-nous? Où allons-nous? Qui sommes-nous? Cette question des origines est un élément essentiel de la structuration d'un individu, de la construction du lien de filiation et des relations intrafamiliales et intergénérationnelles. C'est bien une des fonctions centrales de la famille, quelle que soit sa forme, son organisation, les liens se constituent en même temps que le récit des origines peut s'énoncer.

C'est une donnée qui me semble anthropologique, hors du temps, anhistorique. Sans aucun doute, la possibilité de penser notre rapport aux origines nous inscrit dans notre dimension d'être humain, dans cette conscience d'une transcendance du temps. Nous existons parce que d'autres ont existé avant nous, chaque bébé est la résultante d'une longue histoire qui déborde largement celle de la famille, et chacun de nous est responsable du temps à venir.

Le rôle de la famille est primordial. Non seulement elle est le lieu originel mais encore elle sera le lieu des premières paroles que l'enfant pourra entendre sur ses origines. Car sa naissance, lui-même ne peut rien en dire. Il ne peut entendre le récit de ses origines que de la parole d'un autre. L'origine institue d'office l'altérité. L'existence de l'enfant prend corps dans des paroles extérieures à la sienne. Transmettre à un enfant ses origines est donc une fonction essentielle de la famille. Mais attention, il est indispensable de nous ouvrir à une autre lecture de cette question.

Une magnifique phrase du poète Rainer Maria Rilke, pourrait à elle seule résumer mon propos: «Nous naissons pour ainsi dire provisoirement quelque part. C'est peu à peu que nous composons en nous le lieu de notre origine pour y naître après coup et chaque jour plus définitivement» (Lettres milanaises, 1923). Je retiendrai de cette phrase deux points:

1. Nous avons plusieurs origines. On existe dans une succession d'origines. L'origine n'est pas un point immobile, achevé, figé, qui se réduirait à une date, un lieu de naissance, un mode de procréation, ni même à une histoire familiale. Elle est de l'ordre du pluriel et bien sûr du complexe, du métissage. Le récit de l'origine ne peut être qu'un conte inachevé sans cesse à faire et à refaire;
2. Le sentiment de filiation s'articule autour du rapport que l'on entretient avec ses origines; filiation et origine sont intimement liées. La filiation n'est peut-être qu'un processus d'affiliation.

En parodiant Simone de Beauvoir, on pourrait dire «on ne naît pas fils/ fille de ...on le devient». La filiation n'est pas une donnée monolithique mais c'est un processus. Ce n'est peut-être que la résultante d'un processus complexe d'affiliation, impliquant tout à la fois le biologique, l'affectif, le symbolique, l'éthique, le juridique, le culturel, le religieux, le politique... et bien d'autres choses encore. Cela revient à dire que la filiation biologique ne détermine pas le destin d'un enfant.

Il ne suffit pas de naître quelque part pour se sentir appartenir à ce lieu. La réalité biologique, aussi irréductible soit-elle, ne saurait contenir la «vérité» d'un sujet. Un être déborde, dépasse toujours cette donnée première.

Ce ne sont pas les liens de sang, ni la couleur de la peau qui forgent le processus d'affiliation, c'est l'inscription d'un individu dans un ordre social donné qui fait de lui un être humain pouvant se reconnaître comme tel. Ce sont les règles, les valeurs, la confiance partagée au gré des jours, qui inscrit un individu dans une famille.

Parler des origines, oui mais il me semble indispensable de dépoussiérer le concept d'origine et de dénoncer le risque idéologique de toute sacralisation des

origines. Toute sacralisation ou crispation sur les origines est un danger potentiel et constitue un véritable obstacle au travail de subjectivation.

Les origines ne sont pas une réalité immuable, inaltérable qui parlerait d'une pureté perdue qui serait à préserver et à sauver. Le passé ne peut pas être une justification du présent ou une légitimation. La recherche des origines peut à un moment devenir une quête sans fin et peut-être même sans objet, dans une logique nostalgique, tournée vers le passé, régressive.

Il n'existe pas de «moi pur originel» qui serait à rechercher, à retrouver en remontant le temps. Rien ne perdure à l'identique à travers le temps. Les lieux, temps originaires sont toujours perdus, qu'on les ait connus, ou non. Accepter cette perte nous projette dans le futur, dans une dynamique féconde. «La recherche d'origine tel un ciel bleu n'est qu'un leurre. Les commencements sont bas. Le matin éclairé du monde n'existe pas, ce qui permet parfois à l'homme, à la femme, d'éclairer le monde», expliquait Michel Foucault, qui en même temps rappelait que l'acte philosophique consiste à créer «l'irréversible de la séparation d'avec l'origine».

Ne plus chercher l'origine dans le passé, permet d'être sans cesse dans un processus de créativité. «A force de vouloir rechercher les origines, on devient écrevisse» écrit Nietzsche (Le crépuscule des idoles).

Il est important de donner de l'amplitude à ce concept car l'origine, où commence-t-elle? Il y a toujours une origine à une origine. Avant moi, il y avait mes parents, avant eux, il y avait les ancêtres, avant eux il y eut le déluge, et avant avant... Après une origine, on trouve encore une autre origine.

Les temps des commencements nous conduisent aux confins de l'intelligible. L'origine est fondamentalement irreprésentable, inconcevable, impensable et bien entendu, nous avons un besoin irrémissible de la penser, de la représenter, la concevoir. N'est-ce pas la recherche de cet indéterminable qui est à l'origine précisément de notre volonté de savoir, de notre capacité d'abstraction, notre ouverture à la spiritualité? L'origine, c'est ce point où vacille toute certitude. C'est un temps et un espace inénarrable, indescriptible qui absorbe le réel.

Parce que l'origine est insituable, parce qu'elle n'est qu'un territoire incertain, elle appartient à un temps immémorial, elle nous entraîne dans un mouvement incessant. C'est un processus toujours à l'œuvre qui nous inscrit dans la plus grande mobilité. Elle inscrit l'être humain dans une fluidité étourdissante.

Indélébile, elle reste pourtant toujours à recréer. L'origine, c'est davantage l'horizon du devenir que le lieu du souvenir. Ne l'enfermons pas dans les replis de la nostalgie, elle tient sa magie de son énigme irréductible. D'ailleurs c'est bien cette amplitude des origines que la clinique des enfants révèle. Ils y sont tout à fait spontanément.

La question de l'origine s'impose d'abord sur un mode très philosophique aux enfants et sur le registre de l'existential. Pour eux, elle se situe d'abord au-delà du familial: J'étais où quand je n'étais pas né? J'étais rien? C'est comment quand on n'est pas encore dans le ventre de la maman? On attend où?

Comment concevoir qu'avant de naître, on n'existait pas? Imaginer qu'on a été personne, faut-il en passer par là pour devenir quelqu'un?

D'autres questions surgissent qui permettront aux enfants de se situer dans l'immensité du temps et de l'espace: «Tu les as connus, toi les dinosaures?» «Avant le Big-bang, y'avait quoi?» «Et le ciel, i'tient comment?» «Et le premier canard, la première fleur, i'sont venus comment?» Les enfants ont une passion toute particulière pour les dinosaures. Ils servent de support à la représentation des temps primordiaux. C'est par l'imaginaire que l'enfant peut avoir accès à ces temps originaires.

Percevoir qu'on est la résultante de toute cette magnifique histoire, savoir que l'on fait partie de cette espèce de «fil-filière» de l'évolution a quelque chose de rassurant et permet de lutter contre les angoisses. Hubert Reeves explique que nous sommes tous «poussières d'étoiles», et c'est bien ainsi que les enfants pressentent l'unité du vivant. Se sentir relié à une filiation cosmique inscrit l'enfant dans la grande aventure de l'humain.

L'enfant se trouve en se situant au cœur de ses multiples liens et appartenances qui sont loin de se limiter à son contexte familial. Il a besoin de trouver sa place dans la longue filière de l'humanité. L'appartenance à la famille d'aujourd'hui, aussi aimante soit-elle, ne suffit pas à inscrire l'enfant dans son histoire. En élargissant ses perspectives de filiations, l'enfant tisse son humanité. Humain parmi les humains, il construit son rapport aux autres. Ainsi quel que soit son mode de procréation, son origine biologique, l'enfant se perçoit d'abord comme enfant de l'univers.

4- Le sentiment d'appartenance

Si le récit de l'origine construit le rapport au temps d'un individu, le sentiment d'appartenance participe à la construction de la spatialité, le rapport à l'espace. Il y a le chez «soi» de sa famille et le chez «les autres». Cette frontière qui sera d'autant plus ouverte que le «chez soi» est rassurant et permet de structurer les liens intrafamiliaux et les liens entre soi et les «étrangers». Cela participe à l'ouverture de l'enfant sur le monde, les autres.

Ce sentiment d'appartenance, c'est ce qui donne à la famille, quel que soit sa forme, le caractère de cocon, cocon protecteur. Et comment se construit-il? Selon moi, à partir de la transmission de valeurs, en partageant avec les enfants ce qui fait sens pour nous, notre représentation du monde et de la place de l'individu dans le monde. Cela se construit tous les jours autour des questions merveilleuses et dérangementes que posent les enfants: «C'est quoi la vérité?».

En cheminant avec nos enfants sur le terrain des grandes questions de la vie et des questions sur les autres, cela peut créer des liens profonds, structurés et structurants. Mon expérience de thérapeute d'enfants, en effet, me confirme quotidiennement que l'aptitude à philosopher des enfants est prodigieuse, bien plus précoce et naturelle qu'on a tendance à le croire. Car pratiquer la philosophie, ce n'est pas seulement travailler les textes ardues des philosophes, aussi riches et utiles soient-ils, c'est d'abord et avant tout interroger la vie, le monde, vouloir le comprendre, chercher du sens à l'histoire, s'émerveiller devant ce qui existe autour de soi, en soi. Et cette capacité tellement vive chez les enfants les place dans une démarche tout à

fait proche de la longue tradition philosophique. Platon ne disait-il pas: «S'étonner, la philosophie n'a pas d'autre origine».

Bien entendu, c'est avec leurs propres mots, que les enfants, dès 4-5 ans interrogent la mort, le bien, le mal, le juste, l'injuste, la vérité, le courage.... Mais la pertinence et la profondeur de leurs questions sont là, n'en doutons pas. Le foisonnement de leurs demandes est tel que trop souvent, nous n'y prêtons pas suffisamment attention, quand nous ne les négligeons pas parce qu'elles nous dérangent ou que nous pensons ne pas avoir de réponses à apporter.

Les questions des enfants constituent un véritable petit trésor que nous délaissions en faisant la sourde oreille... Par contre, si nous entrons dans le jeu philosophique avec les enfants, cela pourra ravir petits et grands. Certaines séances de thérapie avec les enfants que je reçois sont de véritables moments de joie partagée. Il me semble important d'inviter les parents à vivre cette expérience, qui n'est en rien l'exclusivité de l'espace thérapeutique. Tout en échangeant agréablement avec leurs enfants, ils pourront mettre en œuvre l'essentiel de leur fonction parentale. En plagiant René Descartes, leur fils ou leur fille pourrait affirmer «j'interroge, donc je suis», ce qui ne serait finalement qu'une propédeutique au cogito cartésien: «je pense donc je suis.»

La philosophie, une aide précieuse pour élever les enfants

Si la psychologie a été utile pour entendre et répondre aux besoins des enfants, il est temps de reconnaître l'apport inégalable de la philosophie et de redécouvrir son importance primordiale dans la construction d'un individu. La psychologie a apporté un certain nombre de réponses concernant le développement de l'enfant, ses pulsions, ses désirs, ses affects, ses angoisses et cela oriente d'une manière profitable la pédagogie et les relations familiales.

La philosophie nous familiarise plutôt avec les questions, notamment celles auxquelles il n'est pas toujours possible d'apporter des réponses. Elle interroge les certitudes qu'elle considère souvent comme suspectes, réductrices. Selon elle, la vie est posée comme une intrigue, le monde comme une énigme et le savoir n'épuise jamais ce qu'il reste à savoir, la pensée ne vient jamais à bout de ce qui est pensé. Le mystère n'est pas une manifestation du réel, il en est la condition même. Et cette énigme irréductible du vivant est le lieu absolu de la liberté et de la créativité humaine. Comprendre, oui, mais en sachant que toujours échappe peut être l'essentiel. Selon Martin Heidegger: «quand on a tout compris, il n'y a plus qu'à mourir». L'entêtement insatiable des enfants à interroger, leurs «pourquoi» inlassables qui ne se satisfont pas de nos réponses prouvent si cela était encore nécessaire à quel point leur démarche est fidèle à l'essence même de la philosophie.

La philosophie nous invite, ni plus ni moins, à préserver une pensée vive, mobile, alerte, souple. Elle nous aide à traverser nos doutes, à nous structurer à partir de nos ignorances mêmes, de nos faiblesses. Elle nous donne les moyens de penser par nous-mêmes, cadeau inestimable qui permet de ne pas être enfermé dans des opinions toutes faites, imposées de l'extérieur, de préserver notre liberté intérieure. En un mot, elle nous maintient vivant !

La philosophie œuvre sur d'autres plans que la psychologie, bien sûr complémentaires. Elle nous situe sur les registres de l'existential, de l'éthique, de

l'esthétique, de la spiritualité, des croyances. Elle ne considère pas les êtres seulement dans leur dimension psychique, elle prend en compte toutes les dimensions qui inscrivent l'humain dans sa dignité la plus absolue. Elle considère l'homme dans sa globalité, comme sujet pensant, mais aussi comme inscrit dans son corps, dans son appartenance à une famille et comme participant à l'histoire de l'humanité. Elle le situe dans sa conscience morale, en tant que citoyen, à la fois dans sa singularité mais aussi dans son universalité. En élargissant ainsi le regard elle permet aux individus de trouver des ressources non seulement en eux-mêmes mais bien plus encore dans la puissance et la beauté de l'univers, en un mot dans toute la sphère du vivant. Elle participe à forger des femmes et des hommes solides car responsables vis à vis d'eux-mêmes et des autres, inscrits dans leur citoyenneté et aptes à participer à une réflexion politique, au sens noble du terme.

Nul ne contestera que cela est extrêmement précieux aujourd'hui pour les enfants du 21^{ème} siècle qui vivent dans des contextes instables, insécurisants, complexes. Plus on les aidera à trouver des points d'appui et de repères solides, étayés sur les bases intemporelles de la philosophie, plus on leur permettra non seulement de trouver leur place dans cet univers mais aussi de mettre en œuvre une liberté réfléchie, une altérité féconde, qui alimentera une confiance en la vie et en leur avenir, un sens des responsabilités et de l'engagement. Platon ne nous contredirait pas, lui qui déclarait: «Chacun, parce qu'il pense, est seul responsable de la sagesse ou de la folie de sa vie».

Philosopher avec des enfants, cela est bien plus simple qu'il n'y paraît. Il ne s'agit nullement de leur enseigner la «philo». ni les philosophes, ni de devenir des experts, mais de les amener à dérouler au maximum leur questionnement. En cheminant ainsi on les habitue ni plus ni moins à mobiliser leur précieuse aptitude à raisonner, on développe leur goût de la réflexion, on les prépare à vivre dans un monde dans lequel nous devons souvent agir sans avoir de réponses à nos interrogations. Somme toute, on les rend intelligents, profonds, philosophes, c'est à dire amis de la sagesse.

Le travail à l'œuvre dans la pensée place les enfants dès leur plus jeune âge dans une rapport au temps intéressant, ils découvrent et acceptent la durée nécessaire à l'élaboration, ce qui vient faire contrepouvoir à l'idéologie pulsionnelle dans laquelle nous sommes du tout et tout de suite.

Chemin faisant, au gré des jours, sans en avoir l'air, resurgira la puissance socratique qui vise la «maïeutique», c'est à dire l'accouchement des esprits. Goûter au plaisir de la pensée permet de consolider son être intérieur tout en préservant une large ouverture sur le monde. La philosophie aide à vivre, nous en avons tous besoin.

En devenant une expérience familière et familiale, ces promenades philosophiques peuvent nourrir un dialogue stimulant entre adultes et enfants, rapprocher les générations, aider chacun à grandir quel que soit son âge.

5. Le lien ontologique, ou le parcours de la reconnaissance

Le premier lieu où un individu se construit dans sa singularité, c'est bien le lieu de la famille. L'enfant, pour grandir, a besoin de la reconnaissance de ses parents. Et ce qui fait souffrir et fragilise, c'est bien le sentiment de ne pas être reconnu. Derrière

le «c'est pas juste» crié par l'enfant frustré, par l'ado incompris, par l'homme blessé, par la femme humiliée, ce qui est réclamé pourrait se résumer ainsi: « Dis-moi que j'existe pour toi, que je compte pour toi, que je peux compter sur toi. Dis-moi que je ne suis pas transparent-e dans ta vie, que j'ai une place». Le sentiment d'injustice est souvent lié à l'absence de reconnaissance, la perte du respect des autres et de soi-même, quand on devient une non personne, moralement, juridiquement, socialement en un mot quand on a le sentiment de ne plus compter pour ceux qui comptent encore pour nous. C'est à sa juste valeur que chacun aspire à être reconnu. Etre reconnu dans sa singularité propre. On interroge l'incalculable valeur qu'on aimerait avoir pour les êtres qui comptent pour nous.

Mais ce mot de reconnaissance, si souvent répété est galvaudé, a perdu un peu de son épaisseur, à force d'être utilisé à tort et à travers. Paul Ricoeur va nous permettre de lui redonner toute sa profondeur et nous faire comprendre sa dynamique. La reconnaissance ne s'institue pas, en effet, d'un coup de baguette magique mais répond à un véritable processus. Elle exige un véritable «parcours de la reconnaissance». Paul Ricoeur nous le décrit dans un superbe livre, et je le réinterprète à ma manière en mettant en évidence 5 niveaux dans ce processus:

- D'abord, on a besoin d'«être reconnu», on est alors dans une certaine position passive, dépendante (niveau 1 de la reconnaissance). J'ai besoin que l'autre atteste qui je suis.
- Puis, il s'agit de «reconnaître l'autre», ce qui se réalise dans un mouvement actif vers l'autre (niveau 2). Je dis à l'autre comment je le vois.
- Cela permettra la reconnaissance réciproque: «se reconnaître mutuellement» qui est de l'ordre de l'altérité (niveau 3).
- Bien sûr, tous ces niveaux sont liés au «se reconnaître soi-même» (niveau 4). Le «se reconnaître soi-même» nous invite à se déclarer «acteur de ses actes» et auteur de «ses paroles», c'est à dire l'engagement de notre propre responsabilité dans ce que l'on fait et dit.
- Et chose extraordinaire, plus on se sent reconnu, plus on est reconnaissant, dans le sens de «gratitude» (cinquième niveau). C'est ainsi que la boucle est bouclée: plus on est dans la gratitude envers ce que l'on reçoit, plus on prend place dans notre existence et vis à vis des autres.

Conclusion

Une famille, c'est le lieu où on fait l'expérience du vivre avec l'autre, de l'altérité, le lieu des premières expériences d'amour mais aussi de souffrances, d'injustice. Le rôle des parents, c'est ouvrir l'enfant à l'accomplissement de sa singularité, c'est lui donner les moyens d'affronter la vie, sa propre vie, et lui transmettre la capacité de savourer ce qui est beau, sublime au-delà du sordide et du triste.

Paters familias vs toute puissance maternelle. Evolution de la société vers l'autorité parentale conjointe et la garde alternée.

Gérard NEYRAND

Sociologue, Université de Toulouse, France

Je remercie les organisateurs de ce colloque de m'avoir invité, en me suggérant un titre que j'ai gardé tel quel, ne serait-ce que parce qu'il me permettra au moins deux choses: montrer que les pratiques d'alternance de résidence des enfants chez leurs parents séparés participent d'une reconfiguration profonde de l'ordre familial, et plus globalement privé, et mettre en évidence l'importance des termes utilisés et tout ce qu'ils peuvent recouvrir.

Ce que je voudrais essayer de montrer aujourd'hui c'est à quel point la mutation qui affecte notre organisation privée vient profondément troubler un ordre antérieur, qui avait le mérite d'assigner de façon claire et sans équivoque des places, des rôles et des fonctions à tout un chacun, dans une structure sociale qui en était vraiment une, c'est-à-dire où la place de chacun est définie au regard de celles qu'occupent les autres. Cette conception structurale de la société avait trouvé en ce qui concerne la famille ses hérauts: Claude Lévi-Strauss, pour une anthropologie qui annonçait dévoiler les «structures élémentaires de la parenté»¹, et Jacques Lacan, pour une psychanalyse qui portait une vision essentialiste des fonctions parentales, organisant un ordre symbolique censé rendre compte de la réalité des familles².

Ce que l'évolution de la société a montré, exemplairement du point de vue de l'organisation de la sphère privée, c'est que la pertinence de cette vision structurale n'a duré qu'un temps et que nous sommes aujourd'hui, à propos de la famille, dans un conflit de représentations et un conflit normatif sans doute sans précédent.

Ce qui fait résistance à l'évolution des conceptions concernant l'organisation de la sphère privée, et plus spécifiquement de la famille, tient aux bénéfices symboliques, affectifs et matériels, que beaucoup retireraient de l'organisation antérieure et qu'ils ne sont pas prêts à remettre en cause, même s'ils affichent parfois un accord de façade avec les nouveaux principes d'ordre mis en avant: l'égalité des individus (quels que soient leur sexe, leur âge ou leur place) et l'autonomie des personnes (au regard des assignations institutionnelles et sociales). Conséquence de ce jeu entre des rapports de force spécifiques aux nations aux différents moments de leur histoire, les régulations juridiques qu'expriment l'évolution des lois s'avèrent à la fois traduire une

¹ Lévi Strauss, C. (1946). *Les structures élémentaires de la parenté*. Paris, France: PUF, 1946; réédition Mouton, 1967. Et Lévi Strauss, C. (1958). *Anthropologie structurale*, Paris, France: Plon.

² Lacan, J. (1938). Le Complexe, facteur concret de la psychologie familiale. Dans *Encyclopédie française, tome VIII, La Vie mentale*. Réédité dans Lacan, J. (1984). *Les complexes familiaux dans la formation de l'individu*. Paris, France: Navarin. Neyrand, G., Tort, M. et Wilpert, M.-D. (2013). *Père, mère, des fonctions incertaines. Les parents changent, les normes restent?* Toulouse, France: Erès.

même tendance évolutive d'individualisation des droits et d'égalisation des places, et de le faire d'une façon à chaque fois spécifique pour chaque pays au regard de sa propre histoire. C'est le cas, par exemple, de l'accession à l'autorité parentale conjointe, et de la reconnaissance de ce qu'on appelle encore en Suisse la garde alternée.

Dans un premier temps nous aborderons la question des termes utilisés, en ce qu'ils traduisent l'ordre qu'ils sont censés refléter; ensuite seront évoquées les raisons pour lesquelles le consensus familial antérieur continue à présenter pour beaucoup de parents en situation de rupture conjugale un attrait indéniable qui les pousse à refuser les nouvelles règles; enfin nous concluons sur les indicateurs d'une acceptation progressive par la population de la nouvelle logique, malgré la force des résistances et la lenteur avec laquelle celle-ci passe véritablement dans les mœurs.

De nouveaux termes pour un nouvel ordre

Si le père de famille est évoqué dans le droit français par le terme latin *Pater familias*, c'est bien que le droit romain a longtemps été la source d'inspiration de notre réglementation en matière de vie privée et familiale, y compris dans la refonte du droit qu'a représentée le code Napoléon. *Pater familias* cela signifie bien sûr père de famille, mais selon une certaine inflexion, celle qui fait que dans beaucoup de formulations, notamment locatives, il est indiqué que le postulant doit se comporter en "bon père de famille"!... De fait, cette acception du terme signifie bien que le père est le chef de la famille, qu'il bénéficie pour cela d'une puissance paternelle, qui signifie que non seulement ses enfants, mais aussi sa femme, sont considérés comme juridiquement mineurs. Très importante en droit, la puissance paternelle ne sera que progressivement et lentement limitée dans le droit français: en 1889, sous la IIIe république, est votée la loi sur «la déchéance des pères indignes», puis en 1935 est votée la loi sur l'abolition du «droit de correction». Mais surtout, c'est en 1970 que le droit marque un basculement fondamental en remplaçant la notion de puissance paternelle par une autorité parentale exercée conjointement par le père et la mère dans la famille conjugale (c'est-à-dire unie). Il n'y a plus de chef, et tout un ensemble de lois et mesures juridiques vont formaliser l'égalité entre hommes et femmes et l'émancipation de celles-ci. Si cette évolution est fondamentale, elle appelle trois questions:

- à l'époque du père chef de famille, quelle place occupent les femmes dans la famille et dans la société?
- comment cette mutation va-t-elle s'affirmer dans toutes les situations familiales, notamment en cas de séparation conjugale?
- quels écarts entre droits et pratiques effectives un basculement aussi rapide dans un autre ordre symbolique et social va-t-il se manifester?

Trois questions dont nous allons nous préoccuper et qui, à l'évidence, ne sont pas sans liens.

L'envers de la domination masculine, le pouvoir maternel

S'il apparaît difficile de nier que la plupart des organisations sociales se sont construites sur le principe d'une domination masculine sur la vie sociale et sur la vie familiale, celle-ci a pris des formes très variées aussi bien qu'évolutives, et son appréhension critique laisse souvent dans l'ombre l'importance de la place des femmes dans la façon dont l'équilibre social s'est réalisé, et en quoi cette place est aussi un lieu de pouvoir s'appuyant sur la maternité.

L'occultation fréquente de cette dimension tient notamment au fait que la critique féministe, largement inspirée des analyses de Simone de Beauvoir, dénonce l'annexion du corps procréateur des femmes par les hommes pour asseoir leur domination. C'est le propos, par exemple, de Françoise Héritier, lorsqu'elle énonce: « Si les femmes sont cette ressource rare qu'il faut utiliser au mieux pour produire des fils, il faut à la fois se l'approprier et la contenir dans une fonction »³. Cette formulation, qui veut rendre compte d'un principe transversal aux différentes sociétés humaines, rejoint l'idée de Simone de Beauvoir selon laquelle l'assignation du corps féminin à la maternité participerait d'une dépossession de soi, le corps maternel se retrouvant instrumentalisé par les nécessités de la reproduction. C'est ce qu'évoque avec véhémence le titre d'un ouvrage collectif paru en 1975: *Maternité esclave...*

Si cette analyse a participé à déconstruire efficacement la logique patriarcale, aujourd'hui, à l'heure d'une émancipation en actes s'appuyant aussi bien sur les évolutions en matière culturelle et de mœurs que sur les progrès d'une médecine qui a délié la sexualité de la procréation⁴, il est possible de reconnaître l'importance du fait maternel, en tant que prototype relationnel et premier espace de socialisation.

Si pour Serge Moscovici, l'échange des femmes par le mariage qu'a décrit Claude Lévi-Strauss, « a pour effet une plus-value: le lien social »⁵, on peut dire que l'enfantement a pour effet une autre plus-value: le lien psychique. Les cliniciens ont épinglé cette importance en parlant avec Winnicott de "préoccupation maternelle primaire" et développant l'analyse de ce qui fut nommé la "dyade mère-enfant".

Il est vrai que depuis la fin du XVIIIe siècle un double mouvement d'exhaussement de la relation mère-enfant et de valorisation sociale de la fonction maternelle n'avait pas arrêté de se développer. Jean-Jacques Rousseau, avec notamment "Emile, ou De l'éducation" (1762), avait posé les prémisses de la valorisation maternelle qui allait pleinement se développer au XIXe siècle, en mettant l'accent sur le caractère naturel du soin donné par la mère à l'enfant, et s'opposant à l'éducation pour les filles, dont la mission restait de s'occuper de leur foyer et élever leurs enfants. Dès le début du XIXe siècle se développe un discours hygiéniste et

³ Héritier, F. (2001). Privilège de la féminité et domination masculine (entretien). L'un et l'autre sexe - *Esprit*, 273, 85.

⁴ En France, c'est en 1967 que la loi Neuwirth autorise la publicité pour les moyens modernes de contraception et favorise leur libre diffusion, et en 1982 que naît Amandine, le premier "bébé éprouvette".

⁵ Moscovici, S. (1972). *La société contre nature*. Paris, France: UGE, 10/18.

médical, qui dénonce les nourrices mercenaires, mettant en danger la vie de l'enfant, et qui prônent l'allaitement maternel⁶. Toute une rhétorique de l'amour maternel se met alors en place, comme émanant d'un «instinct maternel» et d'une «nature féminine», qui ne seront complètement déconstruits qu'avec le livre d'Elisabeth Badinter, *L'amour en plus*, paru en 1980.

Le début du XXe siècle constitue ainsi le moment où se généralise le modèle de la famille patriarcale et bourgeoise, à laquelle correspondent des rôles sexués et parentaux très différenciés et asymétriques, et dont Freud et la psychanalyse vont produire la théorisation la plus aboutie. La place maternelle y sera particulièrement étudiée par des auteurs comme Winnicott, Bion, Lebovici, Dolto, Bydlowski... qui, chacun à leur façon, mettent en évidence l'importance du lien mère-enfant induit par la période de gestation. Alors que si le lien père-enfant peut se révéler tout aussi fort il apparaît pour beaucoup moins direct, plus construit, moins «instinctif» en quelque sorte.

Ainsi, il a fallu attendre Simone de Beauvoir, puis les écrits féministes et les travaux critiques des années 1970 et au-delà pour que la représentation sociale naturaliste des fonctions et rôles parentaux soit déconstruite et puisse se développer une autre conception des rôles.⁷ Celle qui préside à l'idée d'autorité parentale conjointe et de possibilité pour l'enfant confronté à la séparation de ses parents de résider alternativement chez l'un puis chez l'autre...

Est-ce à dire pour autant que ce nouvel idéal relationnel se révèle facile à mettre en œuvre?⁸ Loin s'en faut, on le sait, et les résistances à cette façon de voir s'appuient au moins sur deux choses différentes. L'une, plus sociale, réside dans les bénéfices que beaucoup retirent du *statu quo* antérieur et la force des convictions qui y sont attachées; l'autre, plus psychique, tient sans doute à la façon dont le psychologique s'arc-boute sur le biologique pour y trouver une origine et une justification.

Chassez le naturel, il revient au galop !

Ce qu'a permis, entre autres, le développement des neurosciences a été de quantifier ce que l'on savait déjà. Ainsi, il est connu aujourd'hui que 90% des connexions nerveuses -les synapses- se mettent en place après la naissance et que les cerveaux des nouveau-nés, filles et garçons, fonctionnent de la même façon.⁹ Cela ne fait que corroborer ce que les historiens, les anthropologues et les sociologues ne cessent de mettre en évidence: l'extrême diversité des attitudes humaines d'un lieu à l'autre et d'une époque à l'autre, et l'importance fondamentale du processus de

⁶ Knibielher, Y. et Fouquet, C. (1977). *Histoire des mères du Moyen-Âge à nos jours*. Paris, France: Montalba.

⁷ Neyrand, G., Tort, M. et Wilpert, M.-D. (2013). *Père, mère, des fonctions incertaines. Les parents changent, les normes restent?* op.cit.

⁸ Neyrand, G. (2009). *Le dialogue familial. Un idéal précaire*. Toulouse, France: Erès.

⁹ Giampino, S. et Vidal C. (2009). *Nos enfants sous haute surveillance: évaluations, dépistages, médicaments...* Paris, France: Albin Michel.

socialisation dans l'élaboration du sujet humain.¹⁰ Si tout est affaire de conventions, il n'est pas étonnant que certaines puissent entrer en conflit avec d'autres, jusqu'à pousser parfois les humains à s'entretuer, vu l'importance qu'ils donnent à la signification des choses et l'irréductibilité de leurs croyances...

Ainsi, certaines personnes ne tiennent pas à remettre en question le fait que leurs attitudes seraient innées, directement dépendantes de leurs données biologiques et des pulsions qui en découlent, sans reconnaître le poids de la culture dans le façonnage de celle-ci. A cela au moins deux raisons, la première étant que l'être humain n'a plus aucun souvenir de la période de façonnage intense de ses attitudes, aussi bien intellectuelles qu'affectives d'ailleurs, concentrée dans ses trois premières années de vie. Ce qui a été incorporé durant ces années-là est vécu comme naturel. Deuxième raison: on est d'autant plus attaché à ses croyances qu'on en retire des bénéfices psychiques manifestes, surtout quand les alternatives offertes ne semblent pas aussi gratifiantes. Être attachée à son rôle maternel au point de tenir le père à distance de l'enfant se comprend lorsque la maternité constitue le principal principe de légitimation de l'existence et que son absence de qualification ne permet pas d'envisager une activité professionnelle valorisante. Position que nous avons souvent rencontrée dans notre recherche sur les situations monoparentales précaires¹¹, en écho aux difficultés d'affirmation d'une position paternelle...

Le bio-psychique travaillé par la culture: Pulsion d'attachement et volonté d'emprise

La difficulté parfois de l'approche sociologique est de vouloir tout expliquer par les facteurs culturels sans tenir compte de la matière humaine sur laquelle la culture s'applique. Cette tentation du sociologisme s'établit en miroir inverse de celle qui consiste à tout vouloir expliquer par l'individu et ses déterminations internes, le psychologisme, voire le bio-psychologisme... Freud était conscient de ce risque, dont il parle à de multiples reprises dans son œuvre, et propose d'employer à la place de la notion, irréductible, d'instinct celle, malléable, de pulsion. L'un des intérêts du croisement de la psychanalyse avec l'éthologie fut la constitution de l'idée de pulsion d'attachement, initialement formulée par Bowlby, et qui entraîna son élaboration par certains psychanalystes comme Anzieu et Golse.¹² Nous la compléterons par l'idée de volonté d'emprise induite par cette pulsion, comme notions susceptibles de rendre compte des comportements conjugaux et parentaux, par ailleurs, on le sait, extrêmement variés.

Si l'on tient compte du fait que, de tout le règne animal, l'être humain est celui qui naît de loin le plus prématuré, son évolution l'ayant amené à se positionner sur ses

¹⁰ Neyrand, G. (2013). La reconfiguration de la socialisation précoce. De la coéducation à la co-socialisation. *Dialogue*, 200, 97-108.

¹¹ Neyrand, G. et Rossi, P. (2004). *Monoparentalité précaire et femme sujet*. Toulouse, France: Erès.

¹² Anzieu, D. (1990). *L'épiderme normal et la peau psychique*. Paris, France: Apsygée. Golse, B. (2002). La pulsion d'attachement. *La psychiatrie de l'enfant*, 47, 5-25.

deux pattes arrière, raccourcissant ainsi le temps de gestation, l'entourage du bébé se révèle d'autant plus primordial. De ce fait, il développera un attachement puissant à l'égard de ceux qui prendront soin de lui et dont dépend sa survie. Sa mère est au départ la mieux placée pour cela, mais l'on sait désormais que d'autres figures d'attachement sont possibles et que même la figure maternelle peut être remplacée.¹³ De nos jours, dans les situations classiques, l'attachement se manifeste à l'égard des deux parents, et parfois plus... Toujours est-il que la future vie affective de l'enfant, puis de l'adulte, est marquée par ce processus; et les empreintes laissées au regard des personnes concernées et de la qualité de l'attachement à leur égard seront primordiales pour l'équilibre affectif futur, notamment pour ce qui concerne la vie amoureuse.

Mais obtenir des soins de l'autre prend un sens différent lorsque le bébé accède au troisième temps de constitution de cette pulsion (après la première phase de recherche de l'objet susceptible de satisfaire, comme le sein ou le biberon, et la deuxième phase, où le constat de l'intermittence de la satisfaction pousse au retournement vers soi de la pulsion et la recherche de l'auto satisfaction, avec la succion du pouce). En effet, «ayant accédé à l'intersubjectivité, l'enfant devient désormais capable de s'offrir lui-même comme objet de la pulsion de l'autre».¹⁴ Il mettra, nous dit Golse, les doigts dans la bouche de sa maman, provoquant ainsi le rire et le plaisir de l'échange, en même temps qu'il teste leur dépendance réciproque.

C'est à cette troisième phase de l'élaboration de la pulsion d'attachement que je rattacherai la volonté d'emprise, qui vise par l'interaction à fixer l'autre dans son statut d'objet de satisfaction, c'est-à-dire à le faire fonctionner comme un réservoir de satisfactions possibles à réactiver. Il s'agit pour cela de le rendre dépendant de soi dans l'interaction en se positionnant soi-même en réservoir de satisfactions. Cette volonté d'emprise, inscrite dans l'archaïque de la constitution de l'attachement trouvera, on le sait, des destinées différentes selon le type d'attachement (sécure ou insécure) mais aussi selon le genre et la configuration culturelle qui la caractérise dans une société, un milieu et à un moment donnés. Toujours est-il que la volonté d'emprise aura tendance à s'établir différemment pour l'homme et pour la femme, et ce jusque dans ses outrances. Ainsi, si les violences conjugales sont d'abord le fait des hommes, les violences à l'encontre des enfants concernent d'abord les femmes...

Si le lien à l'autre peut être considéré comme constitutif de la condition humaine, on voit qu'il s'origine dans la demande primaire de soins, la nécessité d'obtenir l'attention et l'intérêt de l'autre pour pouvoir rester en vie. Mais si ceux qu'on appelle les parents ont ce pouvoir de maintenir l'enfant en vie, différemment selon l'affectation de leurs rôles, ils se trouvent ainsi positionnés dans une dépendance à l'égard du désir de l'enfant, qui peut parfois devenir tyrannique. La parentalisation, c'est-à-dire

¹³ Giampino, S. (1992). La socialisation précoce: séparation et attachements multiples. Dans J. Cohen-Solal. *Développement de l'enfant et engagement professionnel des mères*. Actes du colloque de Lassay. Paris, France: STH.

¹⁴ Golse, B., op.cit., p.15.

l'élaboration du lien psychique parent-enfant, est ainsi traversée d'emblée et à son insu par une logique de pouvoir, qui, selon les modèles culturels en vigueur, se configure diversement au regard des sexes, des milieux et des générations. Les formes traditionnelles d'emprise masculine (par domination familiale et sociale) longtemps fortement différentes des formes d'emprise féminines (par séduction et par proximité à l'enfant) se trouvent aujourd'hui remises en question par la diffusion d'un nouveau modèle social d'organisation des relations entre les sexes et les générations, considéré comme plus démocratique. La difficulté tient à la coprésence de deux modèles divergents, l'un n'ayant pas remplacé l'autre mais s'y étant sédimenté.

Il serait alors illusoire de contester, comme le font certains ou certaines, que dans les interactions humaines sont en jeu ces rapports de pouvoir, dont Goffman a montré toute l'importance¹⁵, et que Foucault a identifié comme des micro-pouvoirs qui traversent nos existences. Si l'être humain est par définition social, c'est qu'il attend des rapports à autrui les conditions de sa survie, pas seulement biologique mais peut-être avant tout psychique. Cela le positionne dans une logique d'emprise à l'égard de son prochain, dont il a besoin pour se réaliser en tant que sujet humain. Et bien évidemment, la relation conjugale, d'une part, et la relation parentale, de l'autre, constituent les supports privilégiés de cette emprise, qui relève davantage d'une nécessité que d'une réelle volonté, du moins au départ.

Ces deux cadres relationnels présentent à l'évidence beaucoup de liens, aussi bien dans la perspective diachronique d'une histoire qui se déroule et voit le parent succéder à l'enfant qu'il est encore, que dans celle, synchronique, de situations qui se superposent et s'imbriquent. Toutefois, compte tenu de notre histoire et notre contexte culturel, la dominance reste celle d'une pulsion d'emprise de l'homme envers la femme et de la femme envers l'enfant, alors même que la réciprocité est de mise et que tous les cas de figure sont possibles, comme l'illustrent les figures caricaturales de la «dominatrice» ou du «papa poule».

On comprend mieux, dès lors, les difficultés sociales et individuelles qu'a connues la mise en place d'une solution de résidence des enfants après séparation comme la résidence alternée parce qu'elle plaçait ces parents dans une logique de symétrie, alors même que si nombre d'entre eux tendent vers l'égalité, ils sont loin de pouvoir assumer la position de symétrie que supposerait ce type de résidence, dans la mesure où elle impliquerait tout un remaniement de cet archaïque incorporé, qu'il est si difficile pour beaucoup d'envisager de mettre en perspective...

En définitive, on peut dire que si le *Pater familias* a été aboli sur le plan du droit, il reste encore très présent dans les mœurs, au même titre que son pendant, la toute-puissance maternelle sur l'enfant. L'analyse du lien qui résiste entre le masculin et la

¹⁵ Goffman, E. (1973). *La mise en scène de la vie quotidienne, tome I, La présentation de soi et tome II, Les relations en public*. Paris, France: Minuit.

domination sociale, aussi bien qu'entre le féminin et la toute-puissance maternelle, nous permet ainsi de comprendre que si cette logique considérée comme dépassée perdure c'est bien parce qu'elle trouve son enracinement dans une configuration de l'histoire des sujets, qui allie l'individuel de la logique pulsionnelle et le collectif de la logique normative. De ce point de vue, les positions des pères et des mères se situent à l'intersection de l'histoire culturelle et de la logique pulsionnelle.¹⁶

Cette configuration des rapports entre sujet et société est d'autant plus difficile à réguler que son incorporation et ses effets, en termes d'attitudes ou en termes d'habitus, sont devenus inconscients, plaçant souvent de ce fait en contradiction la logique culturelle des représentations, qui tend à l'égalité et à la promotion de la résidence alternée, avec la logique archaïque de la socialisation des pulsions, qui, elle, reste marquée par la distinction de sexe.¹⁷

Conclusion

Je voudrais en conclusion revenir sur le titre. Si l'évolution inéluctable de la société vers l'autorité parentale conjointe se réalise avec beaucoup de difficultés et de résistances, c'est bien parce que tout à la fois les logiques anciennes sont incorporées et participent d'un archaïque délicat à remanier, et que hommes et femmes trouvent souvent dans les références antérieures des bénéfices psychiques et sociaux qui participent de la place dominante de l'homme dans l'espace public et du pouvoir maternel sur les enfants, avec tous les effets d'ancrage différentiel de la pulsion d'attachement et de la volonté d'emprise qui s'y articule.

De surcroît désigner cette pratique, relevant d'une logique démocratique et égalitaire, comme «garde alternée» n'est pas sans poser problème. Ce qui mérite d'être interrogé ici, ce n'est pas la notion d'alternance, ce sont les sens attribués à la notion de «garde». Le terme polysémique signifie à la fois «monter la garde» et «conserver». Dans l'emploi de ce terme, on entend donc qu'il faudrait garder l'enfant comme le ferait un gardien, dans quelque chose qui s'apparente alors à une prison; et aussi qu'il faudrait le garder pour soi, même si c'est en alternance entre les parents, actualisant ainsi l'idée implicite que l'enfant appartient à ses parents.

Ce qui, on le sait, constitue un fantasme fréquent, mais illégitime dans nos sociétés, car si l'enfant appartient à quelqu'un c'est à lui-même, comme a tenu à l'affirmer avec force la Convention internationale des droits de l'enfant en 1989.

Plus de puissance paternelle, mais plus de garde de l'enfant non plus, accordons-lui une résidence dans une ou deux maisons, où il pourra librement s'épanouir sous l'autorité bienveillante et conjointe de ses parents. C'est là notre utopie démocratique!

¹⁶ Gaulejac de, V. (1999). *L'histoire en héritage. Roman familial et trajectoire sociale*. Paris, France: Desclée de Brouwer.

¹⁷ Théry I. (2007). *La Distinction de sexe. Une approche de l'égalité*. Paris, France: Odile Jacob.

Références bibliographiques

- Anzieu, D. (1990). *L'épiderme normal et la peau psychique*. Paris, France: Apsygée.
- Gaulejac de, V. (1999). *L'histoire en héritage. Roman familial et trajectoire sociale*. Paris, France: Desclée de Brouwer.
- Giampino, S. (1992). La socialisation précoce: séparation et attachements multiples. Dans J. Cohen-Solal. *Développement de l'enfant et engagement professionnel des mères*. Actes du colloque de Lassay. Paris, France: STH.
- Giampino, S. et Vidal, C. (2009). *Nos enfants sous haute surveillance: évaluations, dépistages, médicaments...* Paris, France: Albin Michel.
- Goffman, E. (1973). *La mise en scène de la vie quotidienne, tome I, La présentation de soi et tome II, Les relations en public*. Paris, France: Minuit.
- Golse, B. (2004). La pulsion d'attachement. *La psychiatrie de l'enfant*, 47, 5-25.
- Héritier, F. (2001). Privilège de la féminité et domination masculine, L'un et l'autre sexe. *Esprit*, 273, 3/4, 85.
- Knibielher, Y. et Fouquet, C. (1977). *Histoire des mères du Moyen-Age à nos jours*. Paris, France: Montalba.
- Lacan, J. (1938). Le Complexe, facteur concret de la psychologie familiale. Dans H. Wallon (dir.). *Encyclopédie française, tome VIII, La Vie mentale*. Paris, France: Société de gestion de l'Encyclopédie Française.
- Lévi-Strauss, C. (1946). *Les structures élémentaires de la parenté*. Paris, France: PUF.
- Moscovici, S. (1972). *La société contre nature*. Paris, France: UGE, 10/18.
- Neyrand, G. (1994). *L'enfant face à la séparation des parents. Une solution, la résidence alternée*, Paris, France: Syros.
- Neyrand, G. (2011). *L'enfant, la mère et la question du père. Un bilan critique de l'évolution des savoirs sur la petite enfance*. Paris, France: PUF.
- Neyrand, G. et Rossi, P. (2014). *Monoparentalité précaire et femme sujet*. Toulouse, France: Erès..
- Neyrand, G. (2009). *Le dialogue familial. Un idéal précaire*. Toulouse, France: Erès.
- Neyrand, G., Tort, M. et Wilpert, M.-D. (2013). *Père, mère, des fonctions incertaines. Les parents changent, les normes restent?* Toulouse, France: Erès.

Neyrand G. (2013). La reconfiguration de la socialisation précoce. De la coéducation à la cosocialisation. *Dialogue*, 200, 97-108.

Neyrand G. et Zaouche-Goudron C. (dirs.). (2014). *Le livre blanc de la résidence alternée. Penser la complexité*. Toulouse, France: Erès.

Théry I. (2007). *La Distinction de sexe. Une approche de l'égalité*. Paris, France: Odile Jacob.

L'autorité parentale conjointe et la garde alternée en droit suisse

Michelle COTTIER

Professeure à la Faculté de Droit, Université de Genève, Suisse

Introduction

L'évolution vers l'autorité parentale conjointe et la garde alternée est également arrivée en Suisse, bien que plus tard que dans d'autres pays. Quelle est l'approche du droit suisse quant à la coparentalité? En vue de répondre à cette question, cette contribution donne un aperçu des réformes juridiques récentes de notre pays, et de la jurisprudence y relative. Les sujets abordés sont les suivants: les nouvelles normes concernant l'exercice conjoint de l'autorité parentale; les critères d'attribution de l'autorité parentale exclusive en tant qu'exception à la règle de l'autorité parentale conjointe; les conditions qui, selon la jurisprudence, permettent d'admettre qu'une garde alternée est adaptée à la situation familiale; et finalement le lien entre la garde alternée et la réforme actuelle de l'entretien de l'enfant, et donc, le lien entre prise en charge de l'enfant et budget familial. En guise de conclusion, nous évoquerons deux pistes pour le développement du droit suisse dans le futur, dans le but de mieux soutenir les parents dans l'organisation de leur coparentalité, après une séparation ou un divorce.

L'exercice conjoint de l'autorité parentale

a) L'autorité parentale conjointe en tant que règle

Par une réforme du Code civil, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014, la Suisse a introduit l'autorité parentale conjointe en tant que règle.¹ Ceci s'exprime en premier lieu par un inversement du rapport entre règle et exception: avant la réforme, l'autorité parentale exclusive était la règle, et l'autorité parentale conjointe n'était prononcée que si elle apparaissait compatible avec le bien de l'enfant. De plus, les parents devaient déposer une convention écrite pour obtenir l'autorité parentale conjointe de l'enfant.² Cette exigence a disparu du Code civil et, dorénavant, c'est seulement si l'autorité parentale conjointe est contraire au bien de l'enfant que le juge ou l'autorité de protection de l'enfant va l'attribuer à un parent seul.

b) Le contenu de l'autorité parentale

L'autorité parentale consiste dans la responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur en ce qui concerne

¹ Conseil fédéral, Message 2011, n. 1.3 ss.

² Cf. art. 296 al. 2, 298a, 298b al. 2, 298c, 298d al. 1 CC.

son éducation, sa représentation et l'administration de ses biens (art. 301 à 306 CC et 318 ss CC).³ L'autorité parentale est donc en premier lieu un pouvoir décisionnel, exercé de manière conjointe en cas d'autorité parentale conjointe. Elle ne suppose pas un modèle égalitaire de répartition des rôles.⁴

c) L'exercice conjoint du pouvoir décisionnel

Durant le processus législatif, certaines voix de la doctrine juridique et de la pratique ont exprimé leur crainte que l'exercice conjoint de ce pouvoir décisionnel puisse entraîner une multiplication des disputes autour de questions de peu d'importance, ainsi que la création d'une opportunité, pour le parent qui ne prend pas en charge l'enfant au quotidien, de s'immiscer de manière inappropriée dans la vie de l'autre parent.

Cette crainte reposait, entre autres, sur les résultats d'un projet de recherche à grande envergure au sujet de la pratique du droit de divorce dirigé par Andrea Büchler et Heidi Simoni. Selon un sondage effectué auprès de parents divorcés, l'exercice conjoint de l'autorité parentale causait surtout des problèmes dans des situations de répartition traditionnelle des tâches. Parmi les parents qui avaient l'autorité parentale conjointe, seuls 10% des parents qui prenaient en charge l'enfant au quotidien étaient satisfaits de la situation, tandis que le taux de satisfaction des parents qui exerçaient uniquement un droit de visite s'élevait à 75%.⁵ Autrement dit, les mères qui prenaient en charge l'enfant au quotidien indiquaient ne pas être très contentes que les pères ne participent pas au travail non rémunéré, mais disposent du même pouvoir décisionnel.

Le législateur a pris ces préoccupations en compte et a introduit une disposition prévoyant des pouvoirs décisionnels exclusifs du parent qui prend en charge l'enfant. Ce parent a la compétence de prendre seul les décisions courantes ou urgentes, ainsi que d'autres décisions, si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable (art. 301 al. 1^{bis} CC). Selon le Message du Conseil fédéral⁶, les questions courantes sont surtout liées à l'alimentation, à l'habillement et aux loisirs. En sont en revanche exclues les décisions qui concernent un changement d'école ou de religion, qui doivent être prises par les deux parents. Une décision urgente est par exemple une urgence médicale, mais pas un traitement dentaire onéreux, qui peut être planifié d'avance. L'autre parent ne peut pas être atteint moyennant un effort raisonnable lorsque celui-ci est parti en voyage sans laisser d'adresse ou de numéro de téléphone où le joindre.

Selon une partie de la doctrine, qui peut s'appuyer sur les débats parlementaires, ce droit revient aussi bien au parent qui détient la garde, qu'au parent

³ Meier/Stettler 2014, n. 448.

⁴ Conseil fédéral, Message 2011, n. 1.5.2.

⁵ Büchler/Cantieni/Simoni 2007, p. 207 ss.

⁶ Conseil fédéral, Message 2011, p. 8344.

qui ne détient pas la garde, pendant le temps où il prend en charge l'enfant, par exemple pendant les weekends de visite.⁷ Une autre partie de la doctrine admet que seul le parent détenteur de la garde a ce droit.⁸ Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question.

d) Le changement du lieu de résidence de l'enfant

Avant la réforme de 2014, l'attribution du droit de garde (Obhutsrecht) à un parent donnait à ce dernier le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Il pouvait donc déménager avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent, même en situation d'autorité parentale conjointe.⁹ Le législateur a souhaité écarter cette compétence du parent gardien et mieux protéger les liens entre le parent non gardien et l'enfant. Par conséquent, la loi part aujourd'hui du principe qu'un parent exerçant conjointement l'autorité parentale doit, même en cas de garde exclusive, demander l'accord de l'autre parent s'il veut modifier le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 2 CC). Subsidiairement, s'il n'est pas possible de recevoir cet accord, le tribunal ou l'autorité de protection de l'enfant décide (art. 301a al. 1 CC).

La loi mentionne deux situations dans lesquelles l'accord des deux parents est nécessaire: le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger (let. a); le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles (let. b).

Le Tribunal fédéral souligne cependant que l'exigence d'une autorisation ne concerne que le changement de lieu de résidence de l'enfant (cf. art. 301a al. 2 CC), non celui des parents. L'autorité parentale conjointe ne doit pas, selon la Haute Cour, priver de facto les parents de leur liberté d'établissement (art. 24 Cst.), en les empêchant de déménager. Le juge doit par conséquent examiner s'il convient que le lieu de résidence de l'enfant reste le même ou soit transféré au nouveau domicile du parent qui a décidé de déménager.¹⁰

Critères d'attribution de l'autorité parentale exclusive

Le premier arrêt du Tribunal fédéral traitant des critères que requiert - en tant qu'exception à la règle de l'autorité parentale conjointe- l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent a été rendu le 27 août 2015.¹¹ Il a suscité beaucoup d'intérêt de la part des médias, suite à l'opinion divergente du juge Felix Schöbi entre autres,¹² qui a exprimé lors des délibérations publiques du Tribunal, aux dires des médias, son souci que la nouvelle loi reste lettre morte si l'existence d'un conflit de loyauté pour

⁷ Schwenger/Cottier, BSK-ZGB, n. 3b ad art. 301.

⁸ Büchler/Maranta, n. 58 s.

⁹ ATF 136 III 353 ss.

¹⁰ Arrêt du TF 5A_641/2015 du 3 mars 2016, cons. 4.1.

¹¹ ATF 141 III 472 ss.

¹² <https://www.letemps.ch/suisse/2015/08/27/ombres-planent-autorite-parentale-conjointe>.

l'enfant suffisait à elle seule à justifier l'attribution de l'autorité parentale exclusive à l'un des deux parents.

Avant cet arrêt, la doctrine juridique avait débattu de la question de l'interprétation des travaux préparatoires, qui n'étaient pas clairs en ce qui concerne les critères d'attribution de l'autorité parentale exclusive: le Message du Conseil fédéral avait mis la barre très haut et demandé des causes qui justifieraient un retrait de l'autorité parentale selon l'art. 311 CC. Or, il s'agit de la mesure la plus incisive dans le cadre du dispositif de protection de l'enfant, qui n'est appliquée que très rarement et dans des cas très graves, comme par exemple l'emprisonnement de très longue durée d'un parent. Les débats parlementaires allaient dans une autre direction, admettant qu'un conflit important et durable pouvait aussi justifier une attribution de l'autorité parentale à un seul parent.

Le Tribunal fédéral a suivi la majorité de la doctrine et a précisé que les critères pour l'attribution exclusive de l'autorité parentale n'étaient pas les mêmes que ceux prévalant pour son retrait dans le cadre d'une mesure de protection de l'enfant. Une incapacité de communication ou de coopération importante et persistante des parents justifie l'attribution exclusive lorsqu'un impact négatif pour l'enfant peut ainsi être diminué (consid. 4).¹³

Selon la Haute Cour, une attribution exclusive ne se justifie pas en cas de disputes ponctuelles ou de divergences d'opinions usuelles. Le principe de subsidiarité commande d'examiner si l'attribution exclusive de certaines prérogatives de l'autorité parentale ne pourrait pas suffire à apaiser la situation, notamment en cas de conflit important mais limité à un thème déterminé.¹⁴

Pour les autorités de protection de l'enfant et les juges, cet arrêt signifie qu'il faut d'abord, avant d'attribuer l'autorité parentale exclusive à un parent, tenter d'apaiser la situation en attribuant certaines compétences à un parent. Les art. 307 ss CC mettent à disposition un éventail encore plus grand de mesures, comme notamment la médiation. Le juge ou l'autorité de protection de l'enfant peut recommander une médiation selon les art. 297 al. 2 CPC et art. 314 al. 2 CC, et ils ont même la possibilité d'ordonner la médiation en tant que mesure de protection de l'enfant selon l'art. 307 al. 3 CC¹⁵.

La garde alternée dans la jurisprudence actuelle

L'interprétation de la notion de «garde» en droit suisse n'est aujourd'hui malheureusement pas très claire. Le Code civil ne contient pas de définition légale de ce concept. Des définitions utilisées dans la doctrine sont notamment «l'encadrement

¹³ ATF 141 III 472 ss.

¹⁴ ATF 141 III 472, consid. 4.

¹⁵ Cf. aussi les arrêts de l'Obergericht du canton de Zurich du 22 juin 2015, PQ140093, et du 8 janvier 2015, ZR 114/2015, p. 65.

quotidien de l'enfant et (...) l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante»¹⁶ ou «la faculté de vivre en ménage commun avec l'enfant et de s'occuper de sa prise en charge et son éducation au quotidien»¹⁷.

Lorsque les deux parents sont titulaires de l'autorité parentale, la garde peut soit être confiée exclusivement à l'un des parents, soit être partagée avec l'autre parent (garde alternée ou partagée), par accord entre les parents ou, en cas de désaccord, par décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant.

Il n'existe pas de définition généralement admise d'un pourcentage minimal de prise en charge de l'enfant requis pour la garde alternée.¹⁸ Selon le Tribunal fédéral, la garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales.¹⁹ Certains auteurs admettent une garde alternée à partir d'une prise en charge d'au moins 30% du temps par chacun des parents.²⁰

Le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion de formuler des lignes directrices qui guident les tribunaux et autorités de protection de l'enfant dans leurs décisions concernant la garde alternée. S'appuyant sur le Message du Conseil fédéral, le TF a rappelé que la garde alternée ne pouvait pas être déduite du principe de l'autorité parentale conjointe et qu'elle devait apparaître dans l'examen du juge comme la meilleure solution pour le bien de l'enfant, selon les circonstances concrètes, en particulier selon l'âge de l'enfant, la proximité des logements parentaux non seulement entre eux, mais aussi par rapport à l'école.²¹

L'accord des parents n'est plus, pour le Tribunal fédéral et la doctrine, une condition nécessaire à la garde alternée.²² Cependant, l'absence d'accord peut indiquer une difficulté de collaboration entre les parents, dont le juge doit tenir compte, notamment lorsque la relation entre eux est particulièrement conflictuelle. L'instauration d'une garde alternée dans un tel contexte est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, puisqu'il expose celui-ci de manière récurrente au conflit parental.²³

Dans la situation à la base de cet arrêt, le père avait volontairement renoncé à voir ses enfants durant plusieurs mois, en réaction aux diverses décisions judiciaires refusant la garde alternée. Selon le Tribunal fédéral «l'autorité cantonale a ainsi

¹⁶ Meier/Stettler 2014, n. 462.

¹⁷ Schwenzer/Cottier, BSK-ZGB, n. 6 ad art. 296.

¹⁸ Cf. Gloor N. 2015, p. 342.

¹⁹ Arrêt du TF 5A_46/2015 du 26.05.2015, consid. 4.4.3.

²⁰ Salzgeber/Schreiner 2014, p. 68; Sünderhauf/Widrig 2014, p. 893 (33%); cf. aussi Gloor N. 2015, p. 342, n. 69. Les 30% ont également été mentionné dans le cadre des débats parlementaires, cf. von Graffenried, BO 2015 CN 79.

²¹ Arrêt du TF 5A_46/2015 du 26 mars 2015, consid. 4.4.3. et référence: TF 5A_345/2014 du 4 août 2014 consid. 3 et 4.3.

²² Arrêt du TF 5A_46/2015 du 26 mars 2015, consid. 4.4.5; Tribunal cantonal FR du 12 janvier 2015, RFJ 2015 1; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, n. 10.137; Widrig 2013, p. 910; Gloor U./Schweighauser 2014, p. 10; Bernard/Meyer Löhner 2014, n. 21.

²³ Arrêt du TF 5A_46/2015 du 26 mars 2015, consid. 4.4.5 et référence à un arrêt rendu sous l'ancien droit, avant l'entrée en vigueur du principe de l'autorité parentale conjointe en tant que règle: arrêt du TF 5A_105/2014 du 6 juin 2014, consid. 4.3 se référant à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) rendu dans l'affaire n. 9929/12 du 27 mai 2014, Buchs contre Suisse, par. 70 ss. Cf. aussi l'arrêt du TF 5A_527/2015 du 6 octobre 2015.

considéré à juste titre que le recourant avait fait passer son propre intérêt à mener à bien son combat judiciaire et à obtenir la décision souhaitée avant celui de ses enfants à entretenir des relations régulières avec lui. Le recourant est apparu si obnubilé par l'idée d'obtenir la garde alternée -qu'il considérait comme étant la seule solution juste et équitable à son égard- qu'il n'était plus à même d'identifier les besoins de ses enfants et de prendre les décisions que leur propre bien imposait». ²⁴ La préservation du bien de l'enfant implique selon cette jurisprudence, que le conflit parental puisse être géré de façon adéquate par les parents, y compris pendant la procédure judiciaire, afin de préserver une collaboration minimale nécessaire à un exercice conjoint de la garde.

Cette jurisprudence est compatible avec les résultats de la recherche en sciences sociales. Selon cette dernière, la garde alternée est notamment déconseillée ou ne correspond pas au bien de l'enfant en situation de forte conflictualité. Il faut que les parents aient un minimum d'entente, afin qu'ils puissent communiquer et se coordonner pour le bien-être de l'enfant. ²⁵

Il n'existe pas encore d'études empiriques concernant la pratique suisse en matière de garde alternée sous le droit actuel. Une étude sous l'ancien droit a cependant démontré une faible fréquence d'arrangements qui implique la résidence alternée de l'enfant («Wechselmodell»): sur les 547 jugements de divorce étudiés, rendus en 2002 et 2003, uniquement 5,1% prévoyait cet arrangement. ²⁶ Au vu du débat de société actuel et de la sensibilité accrue des professionnels qui a eu lieu depuis lors, il est bien possible que l'instauration de garde alternée soit plus fréquente en Suisse aujourd'hui.

La garde alternée et la réforme de l'entretien de l'enfant

Le 1^{er} janvier 2017, le nouveau droit de l'entretien de l'enfant entre en vigueur. ²⁷ La réforme veut remédier à l'inégalité de traitement entre l'enfant de parents divorcés et celui de parents non mariés séparés. Avant la réforme, la loi prévoyait déjà pour les parents divorcés une contribution d'entretien qui prend en compte l'ampleur et la durée de la prise en charge de l'enfant (art. 125 al. 2 ch. 6 CC). Cependant, une telle contribution n'existait pas pour un parent non marié. ²⁸

La réforme introduit une nouvelle « contribution de prise en charge ». Pour les parents mariés et divorcés, le calcul du coût de la prise en charge de l'enfant doit dorénavant être effectué dans le cadre de la fixation de la contribution d'entretien destinée à l'enfant, et non de la contribution d'entretien du conjoint ou de l'ex-conjoint. Pour les parents non mariés, les coûts de la prise en charge ne faisaient auparavant pas partie du calcul. Le nouveau droit obligera les tribunaux à inclure ces coûts dits

²⁴ Arrêt du TF 5A_46/2015 du 26 mars 2015, cons. 4.5.

²⁵ Neyrand 2015.

²⁶ Cantieni 2007, p. 175.

²⁷ Code civil suisse (Entretien de l'enfant), modification du 20 mars 2015, RO 2015 4299.

²⁸ Conseil fédéral, Message 2013, n. 1.3.1., p. 522 s.

« indirects » dans le calcul de la contribution d'entretien de l'enfant, ce qui améliore la situation pécuniaire de l'enfant de manière importante.

Le Conseil fédéral précise « que le but de la présente révision est de permettre à chaque enfant de bénéficier de la meilleure prise en charge possible. Il ne s'agit donc pas de privilégier une prise en charge par les parents, par rapport à une prise en charge assurée par des tiers, mais de faire en sorte que cette option puisse être retenue si elle est dans l'intérêt de l'enfant, indépendamment du statut des parents ». ²⁹ Si les rôles parentaux étaient répartis de manière traditionnelle avant la séparation, le parent qui s'occupait des enfants pourrait ainsi continuer à le faire grâce au montant de prise en charge intégré dans la contribution de l'enfant.

Dans le cadre de la réforme du droit de l'entretien, le Conseil fédéral, dans son Message, a estimé « qu'il serait inopportun d'imposer la garde alternée à tous les parents vivant séparés. Le caractère rigide d'une telle réglementation serait de plus en contradiction avec la conception libérale du droit suisse de la famille, qui n'impose pas un modèle de vie spécifique mais laisse aux parents le soin de décider de manière autonome de la répartition des tâches entre eux ». ³⁰

Le Parlement fédéral a souhaité aller plus loin, et a, sans mettre en cause l'orientation libérale, introduit des dispositions qui demandent au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant d'examiner, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande. ³¹ Les délibérations parlementaires font comprendre que le législateur a voulu exprimer sa préférence pour ce mode égalitaire d'organisation de la coparentalité, sans vouloir le prescrire en tant que modèle unique. ³²

Il se pose alors la question de la relation entre les deux buts législatifs: augmenter la contribution d'entretien destinée à la prise en charge de l'enfant, et promouvoir la garde alternée. Il se pose plus particulièrement la question de la détermination des contributions d'entretien des deux parents dans le contexte de la garde alternée.

Le Message du Conseil fédéral souligne que même en cas de garde alternée 50-50 exercée par des parents actifs sur le marché du travail, le fait que l'un d'eux ne parvienne pas à assumer son propre entretien peut amener à la fixation d'une contribution qui permette la prise en charge de l'enfant conformément à son intérêt, et qui sera à la charge de l'autre parent. Si les prestations en nature fournies par les parents sont équivalentes, les autres prestations doivent être réparties en fonction des possibilités et des ressources de chaque parent. ³³

²⁹ Conseil fédéral, Message 2013, n. 1.5.2, p. 533.

³⁰ Conseil fédéral, Message 2013, n. 1.6.2, p. 545 ss.

³¹ Art. 298 al. 2ter et art. 298b al. 2ter nCC.

³² Cf. Engler, BO 2015 CE 187; von Graffenried, BO 2015 CN 422.

³³ Conseil fédéral, Message 2013, n. 2.1.3, p. 557.

En même temps, les limites de la répartition des coûts directs et indirects de l'enfant entre les parents se révèlent: la garde alternée, idéalement, veut dire que les deux parents travaillent à temps partiel. Cependant, une réduction du taux d'activité lucrative du débirentier ne peut souvent pas (dans la situation typique) être compensée par une augmentation du temps de travail rémunéré de l'autre parent. Pourquoi? Dans la situation typique, un parent, en règle générale la mère, a réduit son taux d'activité après la naissance du premier enfant et par conséquent, au moment de la séparation, dispose d'une capacité de gain réduite comparée à l'autre parent qui avait assumé le rôle de pourvoyeur.³⁴ En outre, en Suisse, les parcours professionnels sont toujours très majoritairement genrés, et les femmes choisissent -en conformité avec les normes sociales- des professions moins bien payées que les hommes.³⁵ Par exemple, Madame, en augmentant son taux d'activité en tant qu'infirmière, ne pourra pas compenser la réduction du taux d'activité de Monsieur, dans sa profession d'informaticien.

Pour les familles qui se trouvent dans des situations moins aisées, il existe le risque de l'apparition ou de l'augmentation d'un déficit si une répartition des rôles traditionnelle est modifiée en garde alternée au moment de la séparation. Un conflit est ainsi créé entre deux intérêts: celui d'encourager le partage égalitaire de la prise en charge de l'enfant d'un côté, qui entraîne dans bien des cas des revenus inférieurs du parent débiteur, en règle générale le père, et de l'autre, celui d'éviter un déficit et une dette d'aide sociale du parent avec la capacité de gain inférieur, en règle générale la mère.³⁶ L'exemple français démontre que ce risque de précarisation des femmes dans la situation de garde alternée est bien réel.³⁷

Perspectives de développement du droit suisse

Pour conclure, nous évoquerons deux possibles pistes pour le développement futur du droit suisse.

En ce qui concerne l'exercice de la coparentalité, nous avons vu que le Tribunal fédéral exige de la justice familiale un certain effort pour éviter les conflits qui persistent. Certains cantons ont développé des offres de soutien à la résolution de conflit qui sont prometteurs, comme la consultation imposée (*angeordnete Beratung*) à Bâle³⁸ et à St. Gall³⁹, où il est fait usage de la médiation, prévue par la loi.

En ce qui concerne le but de participation des deux parents à la prise en charge de l'enfant, nous pouvons constater que le législateur suisse a opté pour une conception libérale, qui n'impose pas un mode de répartition des rôles particulier. Cette conception

³⁴ Cf. Office fédéral de la statistique 2014.

³⁵ Cf. Office fédéral de la statistique 2016, p. 12.

³⁶ Cf. aussi Geiser 2013, p. 200 ss.

³⁷ Bonnet/Garbinti/Solaz 2015.

³⁸ Banholzer et al 2012.

³⁹ http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/nuetzliche_informationen/mitteilungen_zum_familienrecht/angeordnete_beratung.html (consulté le 18 mai 2016).

se retrouve aussi dans les politiques familiales du pays: on constate une absence de structures d'accueil et de prise en charge des enfants qui faciliteraient la participation des deux parents à l'éducation des enfants avant ou après une séparation.⁴⁰

Pour le futur, deux pistes se dessinent pour créer les conditions-cadres à la coparentalité après une séparation ou un divorce en Suisse: d'une part, l'introduction de politiques familiales qui rendraient possible l'organisation égalitaire de la prise en charge des enfants pour toutes les familles, quelles que soient leurs ressources financières et sociales. D'autre part, la promotion des modes alternatifs de résolution des conflits et de soutien au consensus parental, comme notamment la consultation imposée et la médiation.

⁴⁰ Felfe et al. 2013.

Références bibliographiques

Banholzer, K. et al. (2012). Angeordnete Beratung - ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht. *FamPra.ch*, 1, 111-125.

Bernard, S. et Meyer Löhner, B. (2014). Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern: Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels. *Jusletter du 12 mai*.

Bonnet, C., Garbinti, B. et Solaz, A. (2015). Les conditions de vie des enfants après le divorce. *Insee Première*, 1536.

Büchler, A. et Maranta, L. (2014). Das neue Recht der elterlichen Sorge. *Jusletter du 11 août*.

Büchler, A., Cantieni, L. et Simoni, H. (2007). Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda - ein Vorschlag. *FamPra.ch 2007*, 8, 207-228.

Cantieni, L. (2007). *Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung. Eine empirische Untersuchung*. Berne Suisse: Stämpfli.

Conseil fédéral. (2013, 29 novembre). Message concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant). FF 2014 p. 531 ss (cité: Message 2013).

Conseil fédéral. (2011, 16 novembre). Message concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale). FF 2011 p. 8315 ss (cité: Message 2011).

Felfe, C. et al. (2013). *Quels sont les enjeux de l'accueil extra-familial des enfants en termes d'égalité entre femmes et hommes?* St-Gall, Suisse: Etude PNR 60 «Accueil extra-familial des enfants et égalité» .

Geiser, T. (2013). Die Neuregelung des Familienunterhalts im Lichte der Neuregelung der elterlichen Sorge. Dans A. Rumo-Jungo, P. Pichonnaz, B. Hürlimann-Kaup et C. Fountoulakis, *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer* (p. 187-201). Berne, Suisse: Stämpfli.

Gloor, N. (2015). Der Begriff der Obhut. *FamPra.ch*, 16, 331-353.

Gloor, U. et Schweighauser, J. (2014). Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge - eine Würdigung aus praktischer Sicht. *FamPra.ch*, 15, 1-25.

Hausheer, H., Geiser, T. et Aebi-Müller, R.E. (2014). *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Berne, Suisse: Stämpfli.

Meier, P. et Stettler, M. (2014). *Droit de la filiation*. Zurich, Suisse: Schulthess.

Neyrand, G. (2015). Le statut de la résidence alternée dans l'élaboration d'une coparentalité démocratique en France. Dans G. Neyrand, G. Poussin et M.-D. Wilpert (dir.), *Père, mère après séparation: Résidence alternée et coparentalité* (p. 55-82). Toulouse, France: Erès.

Office fédéral de la statistique (2014). Famille et organisation familiale. *Demos, Newsletter*, 2.

Office fédéral de la statistique (2016). Indicateurs du marché du travail 2016. Neuchâtel, Suisse: OFS.

Salzgeber, J. et Schreiner, J. (2014). Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, *FamPra.ch*, 14, 66-91.

Schwenzer, I. et Cottier, M. (2014). art. 296, art. 301a. Dans H. Honsell, N.D., Vogt, et T. Geiser (dir.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*. Bâle, Suisse: Helbing Lichtenhahn.

Sünderhauf, H. et Widrig, M. (2014). Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut. *PJA – Aktuelle juristische Praxis*, 7, 885-904.

Widrig, M. (2013). Alternierende Obhut - Leitprinzip des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht. *PJA – Aktuelle juristische Praxis*, 6, 903-911.

Intérêt supérieur de l'enfant, le point de vue du droit

Jean ZERMATTEN

Fondateur de l'Institut international des droits de l'enfant, Sion, Suisse

a. Juge des mineurs du canton du Valais,

a. Président du Comité ONU des droits de l'enfant

1. Introduction

1.1. De la réification à la personnification !

L'enfant nouveau date du 20 novembre 1989 et a trouvé une place universelle grâce à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE) (1989), qui est ratifiée par la planète entière, même si un pays résistant continue son entêtement.

Cet enfant nouveau est passé du statut d'objet, de chose, de bien (notre bien le plus précieux...), à la position de titulaire (sujet) de droits. Soudainement, il est devenu un individu, une personne, avec des droits de personne, qu'il peut exercer seul, de manière autonome progressive, ou par une représentation ad hoc. Surtout cet enfant nouveau marche désormais sur deux pieds...

1.2. L'enfant nouveau avance sur ses deux pieds

Le premier pied, c'est le fameux article **12 CDE** qui donne le droit à l'enfant non seulement d'exprimer son avis, mais aussi de voir cette opinion être prise en compte de manière sérieuse (et non seulement comme une formalité rhétorique ou procédurale) pour toute décision qui, d'une manière directe ou indirecte, peut avoir un impact sur son existence. Innovation spectaculaire de la CDE, qui introduit le concept que l'enfant, au fur et à mesure de son développement¹, est amené à **participer** à la vie de sa famille, de son école, de son centre de formation et de la Cité, en général. Il n'est plus seulement un membre passif que l'on ménage, voire que l'on protège, il devient un **acteur** de son existence. On lui reconnaît des compétences et surtout la capacité d'influencer son avenir.

Le deuxième pied, l'autre article «vedette» de la Convention, est l'article **3, par. 1** de la CDE qui consacre ce que l'on nomme habituellement «l'intérêt supérieur de l'enfant», mais qui est en fait le **droit de chaque enfant de voir son intérêt être évalué et être apprécié comme une considération primordiale, dès lors qu'une décision doit être prise à son égard**. En effet, chaque fois qu'une décision est envisagée pour tel enfant, ou tel groupes d'enfants, le «décideur», public, ou privé, doit peser les effets négatifs ou positifs de la décision à prendre sur le sort de cet

¹ art 5 CDE, notion de facultés en développement ou "evolving capacities" cf Gerrison Lansdown, Innocenti Center Firenze, 2004

l'enfant et choisir une solution qui préservera son intérêt d'enfant, être en développement, dépendant, vulnérable, mais néanmoins personne à part entière, détentrice du droit à être placé au centre de toute décision.

Y compris lorsque l'on légifère, puisque les organes législatifs (tous nos parlements au niveau fédéral, régional, municipal, local...) doivent prendre en compte l'intérêt de l'enfant dès le moment où ils édictent des lois !

2. Définition: Le droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur être pris en compte comme une considération primordiale

2.1 En général

L'article 3, par. 1: «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.»

Cette disposition, si on l'analyse dans son ensemble, ne donne aucune explication particulière sur la manière de l'appliquer, ne fixe aucun devoir précis, ni n'énonce de règles précises. Elle pose un principe, une espèce d'objectif idéal:

«L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»”.

2.2. Les divers éléments

Cette disposition cependant doit être précisée et définie. C'est ce qu'a fait le Comité des droits de l'enfant dans son Observation générale no 14 (2013), répondant ainsi à un besoin pressant des Etats (les parties à la Convention), des ONGs, et des divers professionnels qui travaillent avec les enfants. On se réfère ici à la définition triple adoptée par le Comité, dans son appréciation de l'art 3 par.1²:

A. L'art. 3 par. 1 CDE est **un droit subjectif reconnu à chaque enfant**, celui de voir le décideur le mettre au centre de toutes décisions et se poser la question de l'impact (positif et négatif) de la décision à prendre pour lui, qui l'oblige:

1) à établir la situation exacte de l'enfant dans ses circonstances personnelles, familiales, éducatives, professionnelles, sociales qui sont les siennes à un moment donné de son existence;

2) à faire l'inventaire de toutes les solutions possibles qui pourraient répondre à la problématique mise en évidence par l'évaluation de la situation et qui devraient

² voir Observation générale du Comité, no 14 CRC/C/GC/14, 2013, par. 6 (définition)

conduire à prendre la meilleure solution pour l'enfant, tout en sachant qu'il y aura très probablement d'autres intérêts à peser et prendre en compte.

De cette manière, l'article 3 par. 1 CDE joue deux rôles «classiques», celui de contrôler et celui de trouver des solutions³:

- Critère de contrôle: c'est une garantie pour l'enfant que son droit sera exercé dans les faits et une obligation pour l'État d'assurer ce contrôle.
- Critère de solution: le décideur doit envisager non seulement une solution, mais toutes les solutions possibles qui prennent en compte les divers intérêts en présence, puis de choisir entre plusieurs solutions, celle qui prendra en compte l'enfant dans le contexte donné et ses besoins particuliers, aujourd'hui et dans son développement futur dans la mesure où on peut raisonnablement l'envisager.

3) de la sorte, il sera possible de réaliser le développement harmonieux de l'enfant (art. 6 CDE, qui est à mon avis le but ultime et légitime des droits de l'enfant).

B. L'intérêt supérieur de l'enfant est ensuite décrit comme **une étape de la procédure**. Elle oblige l'Etat à mettre en place, dans ses lois, règlements, ordonnances, cette phase, cette étape, que doit respecter le décideur: celle de procéder à l'évaluation de la situation, avant de se déterminer, de décider.

De plus, le décideur devra également expliquer comment il a pris en compte la situation individuelle de l'enfant et comment il a soupesé les intérêts en présence et jusqu'où il a respecté (ou non) le droit de l'enfant de voir la solution la meilleure être choisie pour lui. La décision doit être motivée sur ce point, et l'enfant informé en relation avec son âge et son degré de maturité.

C. Enfin, l'intérêt supérieur de l'enfant est un outil opérationnel qui permet d'interpréter chaque situation au cas par cas, lorsqu'un article de la Convention ou des protocoles doit être appliqué, ou lorsque le texte de la CDE et de ses protocoles doit être analysé.

C'est en fait le principe **de l'individualisation** des décisions pour les enfants: l'enfant est un être unique, pour lequel, il n'y a pas de mesures toutes faites, automatiques et systématiques, des recettes qui seraient valables toujours, en toutes circonstances et partout.

D. C'est enfin, "la passerelle indispensable entre le droit et la réalité sociologique"⁴.

³ Fulchiron, H. (1997). De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant. Dans IDE, *Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique* (p. 29-39). Sion, Suisse: IDE.

⁴ Pichonnaz, P. (2003). Le bien de l'enfant et les secondes familles (familles recomposées). Dans C. Kaufmann et F. Ziegler (dir.), *Le bien de l'enfant, une approche interdisciplinaire* (p. 163-174). Zürich, Suisse: Rüegger.

2.3. Pesée des intérêts divergents

Même si l'expression consacrée parle de l'intérêt **supérieur**, il est certain que l'enfant n'a pas toujours raison et que plusieurs intérêts peuvent (et vont souvent) entrer en concurrence. Le Comité des droits de l'enfant a décrit ce type de situation et a indiqué comment procéder pour résoudre la question⁵:

« L'intérêt supérieur de l'enfant – une fois évalué et déterminé – **peut être en conflit avec d'autres intérêts ou d'autres droits** (par exemple ceux d'autres enfants, du public, des parents, etc.). Les conflits potentiels entre l'intérêt supérieur d'un enfant, pris individuellement, et celui d'un groupe d'enfants ou des enfants en général doivent être résolus au cas par cas, en mettant soigneusement en balance les intérêts de toutes les parties et en trouvant un compromis acceptable. Il convient de procéder de même si les droits d'autres personnes sont en conflit avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Si une harmonisation est impossible, les autorités et les responsables devront analyser et mettre en balance les droits de toutes les parties concernées, **en ayant à l'esprit que le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas une considération parmi d'autres seulement. Il convient donc d'attribuer un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant** ».

3. En Suisse

3.1 En général

La Suisse, si elle connaît la question de l'intérêt supérieur de l'enfant, applique souvent la notion de bien ou de bien-être de l'enfant (Kindeswohl), qui est une notion très large, puisqu'elle englobe tous les besoins de base de l'enfant (physiques, psychiques, sociaux, émotionnels...). C'est une sorte d'idéal à atteindre. Elle n'est ni opérationnelle, ni ne consacre réellement de droits de l'enfant comme la garantie de sa situation sera évaluée, ni que toutes les solutions seront soupesées.

Comme indiqué ci-dessus, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant (Kinderinteresse) est rattachée à la position de l'enfant-sujet de droit qui dispose du droit à voir son intérêt être évalué et pris très sérieusement en compte (comme une considération primordiale); cette notion de bien ou de bien-être de l'enfant existait bien avant la CDE; elle aurait dû être transformée en notion de droits (approche basée sur le droit de l'enfant).

3.2. Examen de ce point par le Comité ONU

Lors de l'examen par le Comité ONU des droits de l'enfant du rapport de la Suisse, en janvier 2015, cette question est revenue parmi les préoccupations émises

⁵ CRC/C/GC/14, 2013, par. 39

par les experts. En effet, au par. 26 des Observations finales 2015, le Comité revient sur une confusion qu'entretient la Suisse avec l'art. 3 par. 1 de la Convention, à savoir de confondre le «bien de l'enfant» (Kindeswohl ou well-being) avec l'intérêt supérieur de l'enfant⁶ (cf. Quenon, Riva Gapany et Zermatten, newsletter du CDSH de mars 2015).

Ailleurs, on lit avec surprise dans la réponse de la Suisse à la Liste des questions qu'elle devait éclaircir pour le Comité, la considération suivante émise par l'administration fédérale⁷: Le bien de l'enfant a acquis le rang de droit constitutionnel le 1er janvier 2000, lors de l'introduction dans la nouvelle Constitution fédérale (Cst) de l'article 11, qui confère aux enfants et aux jeunes, à son alinéa 1, le «droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement». On ne voit pas bien comment une disposition si générale a pu donner valeur constitutionnelle au concept de bien de l'enfant; et surtout comment on pourrait rapprocher cela de l'intérêt supérieur de l'enfant, des éléments qui ont été mis en lumière plus haut et surtout du droit subjectif octroyé à l'enfant de voir sa situation être mise au centre de tout l'intérêt...

3.3. Des progrès et deux questions

Cependant, il faut bien admettre que depuis la ratification par la Suisse de la CDE, plusieurs décisions de jurisprudence ont été prises dans différents domaines du droit et récemment, il y a un développement intéressant de la jurisprudence, notamment en matière de migration, où l'intérêt de l'enfant a justifié des décisions qui privilégient l'enfant plutôt que l'intérêt public.

La Suisse a, à mon avis, deux questions à résoudre par rapport à l'art. 3 par. 1 CDE:

- l'application directe de l'art. 3 par. 1 de la CDE, exigée par le Comité dans son Observation no 14: "Le paragraphe 1 de l'article 3 crée une obligation intrinsèque pour les États, est directement applicable (auto-exécutoire) et peut être invoqué devant un tribunal"⁸. A ce jour, nous n'avons pas de décision du TF, qui le dirait de manière explicite et qui ferait le pendant de l'application directe de l'art. 12 CDE;
- la considération que l'art. 3 par. 1 constitue non seulement un principe, ou un idéal à rechercher, mais bien un droit subjectif de l'enfant de voir son intérêt supérieur être pris en compte.

4. Liens entre l'art. 3 par. 1 et l'art. 12 CDE

Le lien de l'art. 3 par. 1 CDE avec l'article 12 du même traité est évident. Comment un décideur peut-il établir l'intérêt supérieur de l'enfant, sans prendre connaissance de l'opinion de l'enfant sur la question fondamentale qui se trouve au

⁶ Hitz Quenon N., Riva Gapany P. et Zermatten J. (2015, 26 mars). Les recommandations du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies à l'égard de la Suisse. Quels défis généraux? Newsletter du Centre suisse de compétence pour les droits humains.

⁷ CRC/C/CHE/Q/2-3/Add.1, par. 39

⁸ CRC/C/GC/14, para 6 a

cœur des débats? Il paraît évident que la procédure pour établir l'intérêt supérieur de l'enfant doit être basée d'abord sur la consultation de l'enfant et que cette consultation, pour autant que l'enfant ait la capacité d'exprimer valablement son opinion, doit être prise en considération de manière particulière.

Certains ont opposé l'article 3 par. 1 CDE qui serait vu comme l'expression des préoccupations de protection de la CDE et l'article 12 CDE qui serait lui, l'expression de la participation des enfants dans les processus décisionnels et qui fonderait donc ce nouveau statut de l'enfant, sujet de droits.

Dans le concret des situations et selon le principe de l'individualisation à suivre strictement, il n'y aura pas de contradiction, puisque le décideur devrait très souvent être le même et se préoccuper, lorsqu'il a à trancher, de:

- entendre d'abord l'enfant sur l'affaire en cause et sur les solutions envisagées,
- puis, en prenant en considération l'opinion de l'enfant, rechercher la solution la plus favorable à l'enfant, sujet de la décision,
- enfin prendre sa décision (se déterminer), en ayant accordé une considération particulière et à la parole de l'enfant et respecté son droit à son intérêt supérieur

Ce ne sont dès lors que les étapes d'un même processus décisionnel.

Plutôt que de voir un antagonisme entre ces deux articles, il convient de souligner que l'art 12 CDE vient en appui de l'article 3 par. 1 CDE en l'aidant à remplir ses deux fonctions et que l'article 3 par 1 CDE, en offrant la possibilité à l'enfant d'influencer l'évaluation et la détermination de son intérêt supérieur, grâce au poids accordé à son opinion, donne à l'article 12 toute sa justification et lui évite de n'être qu'un droit rhétorique.

5. Conclusion

Il y a urgence, à mon avis, à diriger les procédures judiciaires et administratives (y compris la procédure de protection de l'enfant) vers un meilleur respect de son droit d'exprimer son opinion et de son droit à voir ses intérêts être évalués de manière sérieuse et être pris comme une considération primordiale.

Nous nous trouvons devant une nouvelle approche de l'enfant, démocratique, ouverte, optimiste et qui reconnaît que l'enfant n'est pas seulement bénéficiaire de notre bon vouloir et destinataire de nos bonnes actions, mais qu'il a droit à ce qu'on le prenne au sérieux, qu'on le mette au centre de notre intérêt et qu'on choisisse pour chacun, avec lui, la solution qui *lui permettra de grandir, de se responsabiliser et de devenir un adulte libre.*

Contradictions apparentes entre diverses études sur la résidence alternée

Gérard POUSSIN

Psychologue, France

En juin 2014 paraissait dans la revue «Carnet psy» toute une série d'articles sous le titre «Entre débat et polémique: la résidence alternée» (RA).

Un article faisait tout spécialement le point sur «les recherches actuelles sur la RA». Maurice Berger, qui en était l'auteur, écrivait que «des études sérieuses démontrent les risques de la RA». Il ajoutait que ces risques avaient mobilisé 4400 professionnels de l'enfance qui avaient signé une pétition contre la RA. Il exigeait donc qu'en contrepartie des «études sérieuses» qu'il citait, on lui fournisse «des études méthodologiquement valables montrant l'absence de nocivité de la RA avant six ans *et même après*». Je souligne le «et même après» parce que je ne connais qu'une seule étude sur 44 entre 1977 et 2013 qui ait démontré les risques de la RA *après* l'âge de six ans (source: Sünderhauf, 2013). Les plus nombreuses (36) démontrent même que la RA présente certains avantages. Je précise qu'il s'agit d'études et non de divers témoignages du genre de ceux parus dans le «livre noir de la garde alternée¹». Donc cette seule étude qui fait état de résultats négatifs sur la RA est celle de Johnston, Kline et Tschann parue en 1989 dans *American Journal of Orthopsychiatry*. Dans cette étude les enfants qui étaient en RA (35 % de l'échantillon) avaient plus de troubles du comportement et de caractéristiques dépressives que les autres enfants. Cela dit, les auteurs reconnaissaient que les enfants en résidence chez la mère perdaient plus souvent tout contact avec leur père à l'inverse des enfants en RA. En outre les mauvais résultats étaient tous corrélés avec des forts conflits parentaux et les auteurs disaient eux-mêmes qu'il fallait être prudent avec ces résultats puisque le type de résidence n'expliquait «qu'un cinquième de la variance» pour les divers troubles observés. Enfin, les enfants avaient entre 1 et 12 ans, mais les auteurs ne distinguaient pas les résultats des enfants d'âge préscolaire des autres. Voilà pour la seule étude négative sur la RA après six ans.

Revenons donc aux études récentes et «sérieuses» dont Berger (2014) se réclame pour condamner la RA en ce qui concerne cette fois les enfants d'âge préscolaire. Il en cite deux: celle de Solomon et George en 1999 et celle de McIntosh, Smyth et Kelaher en 2010.

Ces deux études ont été examinées, comparativement à d'autres, par Warshak qui a publié en 2014 dans une revue scientifique américaine (*Psychology, Public Policy and Law*) un article dit «consensuel». Pourquoi «consensuel»? Parce qu'il a été cosigné par 110 chercheurs et praticiens qui ont approuvé les conclusions et les

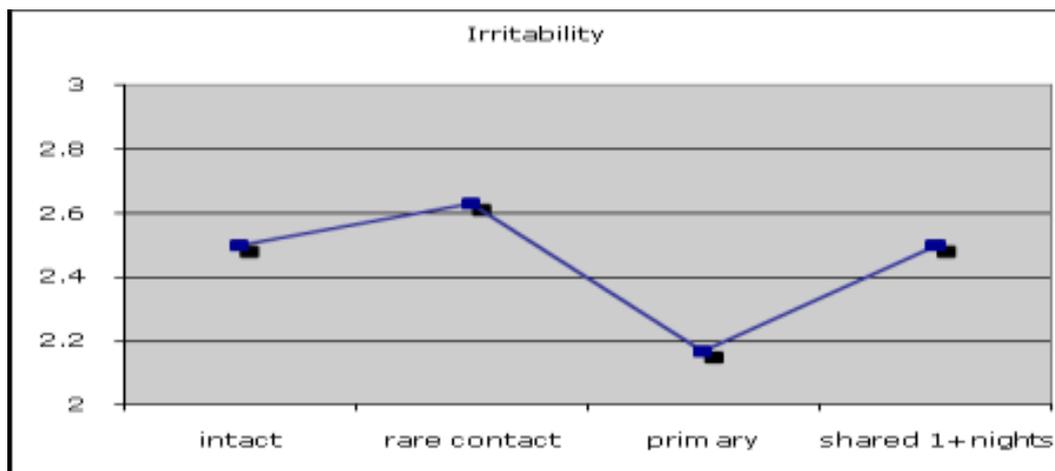
¹ Phelip, J. (2006). Paris, France: Dunod.

recommandations de cet article. Il s'agit d'une revue de la littérature consacrée aux études sur les plans parentaux pour les enfants *de moins de six ans* dont les parents sont séparés.

Le tableau 1 donne une vision synthétique de ces quatorze études auxquelles j'ai pu avoir accès et dont je donnerai un bref résumé (Warshak, 2014, annonce qu'il y en a seize, mais je n'ai pas trouvé les deux études manquantes !).

Warshak (2014) critique fortement les défauts méthodologiques des trois études négatives sur la RA pour les enfants d'âge préscolaire. Notamment celle de McIntosh, Smyth et Kelaher (2010). Prenons un exemple de ces critiques:

Au début de l'article de McIntosh, Smyth et Kelaher (2010) on peut lire que «les bébés de moins de deux ans qui ont passé une ou plusieurs nuits par semaine avec chaque parent sont plus irritables que les bébés des autres groupes». Or lorsqu'on se reporte à la page des résultats sur ce point (soit 131 pages plus loin !) on constate que les différences sont assez peu significatives, notamment pour certains groupes, ainsi que le montre la figure suivante extraite du document lui-même:



McIntosh, Smyth et Kelaher (2015) ont répondu aux critiques de Warshack dans la même revue. Je résumerai donc les points essentiels de leur argumentation. J'insiste sur le fait que les propos sont ceux là-mêmes des auteurs qui sont pris comme modèles par Maurice Berger.

Tableau 1

Études	Âges enfants	Résultats	Défauts et Qualités
Wallerstein et Kelly (1975) <i>J. of the Americ. Acad. of Child Psychiatry</i>	34 enfants de moins de 5 ans sur 131 enfants.	1/ Les enfants d'âge préscolaire sont plus perturbés juste après la séparation des parents et ils sont moins perturbés que les autres 10 ans plus tard. 2/ Les contacts fréquents avec le parent non gardien sont associés à une meilleure adaptation, <i>mais seulement quand le niveau de conflits parentaux est peu élevé.</i>	
McKinon et Wallerstein (1987) <i>Conciliation Courts Review</i>	Sur les 26 enfants de l'étude 7 étaient âgés de 1 à 3 ans. Parmi eux trois se portaient bien et, sur les quatre qui restaient, deux avaient d'excellents résultats qui se sont détériorés dès que les parents ont accentué leur conflit. Sur les 19 enfants âgés de 3 à 5 ans <i>seulement 3 allaient bien</i> . Les auteurs en concluent que «la réussite de la RA dépend de la capacité des parents à mettre leur enfant à l'abri de leurs conflits parentaux».		
Brotsky et al. (1991) in Folberg (Ed.), <i>Joint custody et shared parenting</i>	26 enfants de moins de 6 ans sur 67 enfants de 1 à 15 ans. Tous en RA.	19 enfants (28%) «allaient bien», 33 (50%) étaient «stressés» (au sens de normalement perturbés par le divorce) et 16 (21%) étaient à risque de troubles émotionnels majeurs. Il y avait 7 enfants d'âge préscolaire dans le groupe «stressés» et 5 dans le groupe «à risque». Reste 14/26, soit 54%, qui «allaient bien». Les petits avaient donc tendance à mieux s'adapter que les enfants plus âgés.	
Maccoby et Mnookin (1992) <i>Dividing the child</i>	Les auteurs ont interviewé sur 2 temps les 2 parents concernant le niveau de conflit et de coopération en fonction du type de garde ainsi que le degré de satisfaction de chaque parent. L'échantillon comprenait 289 enfants de 2 ans et moins et 424 de 3 à 5 ans. Les enfants qui ne voyaient leur père qu'en journée perdaient plus facilement le contact avec lui (56% contre 1,6 en cas de «nuitées» pour les moins de trois ans et 49% pour les 3-5 ans). L'étude a porté sur un période de 3 ans.		
Solomon et George (1999) <i>Attachment & Human Development</i>	Échantillon de 145 enfants âgés de 12 à 20 mois. Sur les 145 enfants 51 venaient de familles intactes (utilisées comme GC) et 93 de familles désunies. Sur ces 93 familles désunies, 44 enfants se rendaient chez leur père où ils passaient une partie de leur temps, notamment la nuit, tandis que ce n'était pas le cas pour les 49 autres. Les 44 enfants qui dormaient régulièrement chez leur père présentaient plus souvent un pattern d'attachement désorganisé par rapport aux 2 autres groupes. La différence était significative avec le groupe d'enfants de famille intacte, mais elle ne l'était pas avec le groupe d'enfants de parents séparés qui ne dorment jamais chez le père.		La plupart des enfants du groupe «nuitées» n'avaient jamais vécu avec leurs deux parents ensemble et avaient une expérience prolongée et répétée d'absence du père. L'attachement était la seule variable dépendante.
Woodward et al. (2000) <i>Journal of Marriage and the Family</i>	Enquête auprès de 1265 enfants néo-zélandais âgés de 15-16 ans. Ceux ayant vécu la séparation des parents sont moins attachés à leurs parents que ceux élevés dans des familles intactes. Et <i>surtout plus l'âge était bas à la séparation plus ce lien est manifeste</i> . Néanmoins significativité et taille d'effet modérés. Mais surtout pas de comparaison suivant les modes de garde des enfants.		
Pruett et al. (2003 et 2004) <i>Family Court Review</i>	132 familles. Etude longitudinale. 2 groupes: de 0 à 3 ans et de 4 à 6 ans. 74 garçons et 58 filles. Principales variables: âge, sexe, qualité de la relation parent-enfant, présence de l'enfant chez le père la nuit et psychologie de l'enfant (développement, présence ou non de symptômes dans différents domaines). Le meilleur annonciateur de troubles chez l'enfant n'était pas le mode de garde ou le fait de dormir chez le père, mais la qualité des relations entre chaque parent et chaque enfant, ainsi que les conflits parentaux.		

Tableau 1 (suite)

Études	Âges enfants	Résultats	Défauts et Qualités
Berger et al. (2008) <i>Journal of Marriage and Family</i>		Cette étude a utilisé des données administratives de la base de données du tribunal du Wisconsin, reliés à une enquête auprès de 789 mères et 690 pères, pour décrire les conditions de vie des enfants en résidence principale à la mère et en RA après le divorce des parents. 3 ans après le divorce, le type de résidence est resté aussi stable dans un groupe que dans l'autre. La garde partagée est associée à un engagement du père accru et les résultats sur le développement des enfants sont positifs, laissant penser que la RA pourrait profiter aux enfants. Bien qu'il y ait des enfants petits leurs résultats ne sont pas comparés aux autres.	
Melli et Brown (2008) <i>Int. J. Of Law, Policy & the family</i>		Etude à partir des mêmes données que Berger et al. Le nombre d'enfants est 590. Les auteurs ont comparé des sujets en RA et en résidence principale à la mère. Ils concluent: «les parents en RA ne diffèrent pas beaucoup de ceux qui sont en résidence traditionnelle à la mère». Même critique concernant la comparaison par âges.	
Altenhofen et al. (2008) <i>J. of Divorce & Remarriage</i>		Les interviews par téléphone de 30 parents en RA ont montré que la conciliation entre le travail et la famille était liée au choix de résidence de l'enfant après divorce pour les mères. Les conflits étaient liés à l'aliénation de l'enfant et aux nuitées chez le père. La fréquence des nuitées chez le père était liée au temps écoulé depuis la séparation.	
Kaspiew et al. (2009) <i>Evaluation of 2006 family law reforms in Australia</i>		Les données de bases provenaient d'une enquête australienne, la LSSF. Sur 7718 enfants 2684 avaient moins de 3 ans (dont 8% en RA) et 1309 de 3 à 4 ans (dont 20% en RA). Conclusion des auteurs: «Généralement, les nuitées chez le père ne semblent pas avoir un impact négatif sur le bien-être des enfants, sauf dans le cas où les mères avaient des préoccupations autour de la sécurité». On a reproché à cette étude de ne pas avoir contrôlé certains facteurs importants comme le niveau socio-économique.	
Altenhofen et al. (2010) <i>Journal of Divorce & Remarriage</i>		24 mères dont l'enfant était en RA ont répondu à un questionnaire sur l'attachement de l'enfant: le «Waters Q-Set (AQS)». Des variables telles que l'âge au début de nuitées, les conflits parentaux et la disponibilité affective ont été utilisées pour leur importance dans l'évaluation de l'attachement. Ils n'ont trouvé aucun lien entre les «nuitées» chez le père pour les enfants jeunes et la sécurisation de l'attachement. Seule la disponibilité affective avait un rapport significatif avec la qualité de l'attachement.	
McIntosh et al. (2010) <i>Post-separation parenting arrangements, etc</i>		3 groupes distincts (0-1 an, 2-3 ans, 4-5 ans) et trois niveaux de «nuitées» (aucune nuit, un tout petit peu ou beaucoup de nuits passées avec le parent non gardien). Dans le groupe 0-1 an 4603 familles intactes et 468 séparés. Dans le groupe 2-3 ans 4060 familles intactes et 486 séparés. Dans le groupe 4-5 an 7832 familles intactes et 1115 séparés. Pas de problème pour les 4-5 ans, sauf en cas de haut conflit. Problèmes de régulation émotionnelle pour les moins de 2 ans et pour les 2-3 ans en cas de nuitées nombreuses. Une analyse plus détaillée de cette étude est à suivre.	
Tornello et al. (2013) <i>Journal of Marriage and Family</i>		A partir d'un échantillon total de 3811 familles intactes et de 2570 parents séparés dont les enfants avaient entre 1 et 5 ans. 2268 mères ont rempli un questionnaire sur l'attachement de leur enfant (Toddler attachment Q-sort) ainsi que la CBCL. 634 enfants avaient 1 an ou moins et 703 entre 1 et 3 ans. Les enfants ont été classés en 3 groupes: sans contact de nuit avec le père, avec quelques contacts et enfin avec des contacts fréquents. En comparaison avec l'échantillon global, les familles étudiées montraient un taux significativement élevé de parents à très faibles revenus, noirs, et avec un faible niveau scolaire. La fréquence des attachements insécure était plus forte chez les enfants avec nuitées paternelles fréquentes que ce soit à 1 an (43%) ou à 3 ans (37%). Par ailleurs les enfants avec attachement insécure étaient décrits par leur mère comme ayant plus de troubles externalisés. Mais également ils avaient des mères sujettes à des troubles dépressifs. Enfin les enfants avec des nuitées paternelles fréquentes à 3 ans montraient davantage que les autres des comportements positifs à 5 ans. Les auteurs en concluent que leur étude ne solutionne pas la question, mais qu'elle va dans le sens des travaux de Solomon et George et de ceux de McIntosh et al. À savoir que «les enfants qui passent la nuit fréquemment chez leur père sont plus souvent avec un attachement insécure à la mère, ce qui ne démontre pas que c'est la fréquence des nuitées qui produit cette insécurité». Par ailleurs ils soulignent certaines limites: le fait que leurs résultats ne s'appliquent qu'aux familles «fragiles» et que le questionnaire d'attachement n'est pas suffisamment valide, d'autant plus qu'il n'a été rempli que par les mères.	

Ils reprennent en premier lieu la phrase suivante de Warshak (2014): «Il n'y a aucune preuve qui soutienne que l'on doive reporter la participation régulière et fréquente des deux parents avec leurs bébés et leurs jeunes enfants, y compris les nuits» (p. 60). Et ils la commentent ainsi: «Comme nous le décrivons dans cet article, il n'y a aucune recherche qui le démontre effectivement. Mais la question au cœur du débat est de savoir s'il existe une preuve suffisante de l'inverse: que les rencontres régulières et les nuitées fréquentes avec les deux parents soient bénéfiques pour le développement des jeunes enfants et devraient survenir à tout âge». ²

Un peu plus loin ils ajoutent: «Il y a maintenant une abondance de preuves sur les avantages du temps partagé et des arrangements pour les enfants où les parents se respectent les uns les autres, coopèrent, peuvent faire des compromis, évitent ou contiennent les conflits lorsqu'ils communiquent, et qui ont des arrangements flexibles et axés sur les enfants. Il y a beaucoup moins de preuves sur la partie possiblement plus sombre de l'aménagement du temps partagé quand les parents et leurs enfants sont empêtrés dans des circonstances plus difficiles».

En ce qui concerne à présent la question de l'attachement, les auteurs précisent que «cela ne faisait pas partie de l'ensemble des données longitudinales [qu'ils ont utilisé], à savoir la «Longitudinal Study of Australian Children» (LSAC). La confusion viendrait du fait selon eux qu'ils utilisent un concept voisin en relation avec l'attachement qui est la régulation émotionnelle. Ils ont pu le faire car la Longitudinal Study of Australian Children utilisait des mesures de la régulation des affects qui rendait cette exploration possible. Néanmoins ni Warshak (2014) ni McIntosh, Smyth et Kelaher (2015) ne remettent en cause la notion d'attachement comme variable dépendante dans les études alors qu'il semble, à regarder les résultats, qu'il existe un lien entre ceux-ci et l'utilisation de cette variable. Personnellement c'est une question que je me pose. Cela dit McIntosh, Smyth et Kelaher (2015) soutiennent que cette notion n'est utilisée qu'indirectement par eux puisque l'utilisation des données de base ne le permettait pas.

L'utilisation de données de grosses études a en effet l'avantage de permettre aux chercheurs de disposer de données nombreuses (chiffre de l'échantillon impressionnant) mais qui n'utilisent pas toujours les mesures adéquates. Les données sont reprises par les chercheurs pour remplir un objectif qui n'était pas forcément prévu au départ. McIntosh, Smyth et Kelaher parlent ainsi d'un «compromis utilitaire dans le choix des instruments de mesure». Ils admettent de ce fait qu'ils ont utilisé une partie de l'échelle CSBC (Communication and Symbolic Behavior Scale) et que «la fiabilité de cette nouvelle échelle a été relativement faible», ce qui fait que Warshak avait raison de considérer ce point comme «un maillon faible» de leur étude.

Ils admettent également que leurs échantillons sont de petite taille malgré la grande taille de l'échantillon global. Voici leur explication: «La raison des petites tailles

² Cette traduction de l'anglais et les suivantes sont de l'auteur.

d'échantillon dans les données concernant les nuitées hors du domicile du pourvoyeur de soins principal reflète fidèlement une réalité simple en Australie: seulement 4 à 6% des enfants de 0 à 4 ans avec des parents séparés vivent dans un aménagement du temps partagés de 35 à 50%». McIntosh, Smyth et Kelaher précisent même qu'ils ont trouvé moins de 10 nourrissons passant la nuit chez le père de manière «substantielle» sur un total de 248 nourrissons. Comme ils le disent eux-mêmes c'est déjà une importante découverte ! Je tiens à dire que la rareté des résidences alternées chez les petits n'existe pas seulement en Australie. Lorsque j'ai voulu il y a une douzaine d'années mener une étude sur ce point j'ai dû y renoncer faute de cas suffisamment nombreux dans le ressort judiciaire de Grenoble.

Cela conduit à souligner l'importance méthodologique de procéder par des échantillons non choisis et la difficulté, à cause de cela d'obtenir des tailles d'échantillons suffisants pour les mesures qui nous intéressent. En France les deux seules études que je connaisse qui répondent à ce critère ne sont jamais citées par Berger (2014) qui préfère qualifier de «scientifiques» des études cliniques d'une quinzaine de cas sélectionnés.

Ensuite Warshak (2014) note que «seule 1 analyse sur 13 (aucune pour les nourrissons de moins de 2 ans et une pour les 2 à 3 ans sur la persistance dans une tâche) soutient l'hypothèse d'effets linéaires selon lesquels plus il y a de nuitées, pires sont les résultats» (p. 53). «Il a raison» sur ce point disent McIntosh, Smyth et Kelaher (2015): «l'hypothèse que toute nuitée serait problématique pour les nourrissons ou les enfants en bas âge n'était ni proposée ni testée dans notre étude. Il n'y a pas de preuve empirique pour suggérer que c'est une question pertinente». Et plus loin ils ajoutent: «Ainsi, un lien entre «tout séjour de nuit» quel qu'il soit et des résultats négatifs n'a été trouvé par personne. Un lien a été trouvé entre le plus grand nombre de nuitées et des problèmes spécifiques de régulation émotionnelle chez le bébé. Il n'y avait pas de preuve d'effets nocifs pour les enfants âgés de 4 ans et plus». Donc «on ne dit pas que le facteur nuitées «x» provoque le résultat «y».

Dans son article, Berger (2014) prétend que ces études ont un «impact législatif». Ainsi dit-il: «suite aux conclusions des recherches de ce type, la Californie a modifié sa loi en abolissant les résidences alternées imposées, la Suède et le Danemark ont fait de même». Cela ne semble pas être le cas de l'Australie où c'est pourtant le gouvernement australien qui avait commandé l'étude de McIntosh, Smyth et Kelaher (2010). D'après eux en effet «En Australie, notre étude n'a eu aucune conséquence sur la législation du partage des responsabilités parentales». Ils pensent en outre que «la prudence est nécessaires dans toute tentative d'appliquer les résultats à partir des données à des cas et des circonstances individuels». C'est pourquoi ils se dissocient de «certaines déclarations qui dénaturent ou surestiment les résultats» de leurs recherches.

Une façon de dénaturer ou de surestimer consiste par exemple à extraire une partie des résultats en passant sous silence certains aspects essentiels. Par exemple,

Berger (2014) nous dit page 27 de son article que, pour les enfants de 4-5 ans: «Le trouble attentionnel est à un niveau 0,6 (en score mesuré de 0 à 4) pour un enfant élevé dans une famille «intacte» (groupe 1); de 1 en hébergement principal (groupe 2); et de 3,5 en résidence alternée. Pour l'hyperkinésie, les chiffres sont de 2,4 (groupe 1); 2,8 (groupe 2); 3,5 (groupe 3)». Je confirme ces chiffres, mais Berger omet l'un des quatre sous-groupes et surtout il oublie de citer ce que les auteurs ont écrit juste après les figures. A savoir: «les tailles des cellules étaient trop petites pour modéliser les variables. Donc la signification n'a pas été testée». Par ailleurs ils précisent que «les résultats n'indiquent pas de lien indépendant entre les différents types d'arrangement et la régulation émotionnelle» pour les enfants de 4 à 5 ans.

C'est au nom pourtant de ces résultats que Berger (2014) conseille les mères, comme il l'explique dans son article, au nom de principes théoriques dont la base serait la théorie de l'attachement (page 25 de son article). On comprend donc que, pour lui, seule la mère peut fournir la base d'un attachement sécure. C'est une idée lancée il y a longtemps (notamment par Joseph Goldstein, Anna Freud, et Albert Solnit en 1973) et maintes fois reprise ensuite. Or les dernières recherches sont claires sur ce point. Dans un article paru en 2013 dans *Child Development*, Kochanska et Kim ont testé un groupe de 101 enfants de 15 mois grâce au protocole dit de la «situation étrange». Ils ont noté leur type d'attachement à chaque parent. Ils ont fait évaluer ces enfants une fois arrivés à l'âge scolaire par leur maître, par chaque parent et par eux-mêmes. Les enfants en insécurité avec les deux parents à l'âge de 15 mois avaient des problèmes de comportement six ou sept ans plus tard, alors que ceux qui avaient un attachement sécurisé avec au moins un des parents n'avaient pas ces problèmes. Les auteurs remarquaient qu'aucun des deux parents ne pouvait être privilégié en termes de figure d'attachement primaire. Ils indiquaient clairement: «nous avons échoué à démontrer une primauté de la mère sur le père en tant que figure d'attachement» (Ibid. p. 293).

Cette étude est citée comme référence par Pruett, McIntosh et Kelly en 2014, qui ont écrit toutes les trois un article de consensus dans la revue «*Family Court Review*» pour dépasser les polémiques sur cette question. Nous avons vu que ces auteurs avaient pourtant écrit des articles qui ont pu sembler se contredire (notamment Pruett et McIntosh). Elles en donnent les raisons dans ce texte, et la lecture que j'ai faite des articles en question le confirme: «À plusieurs niveaux les résultats de ces études sont difficiles à articuler entre eux et à regrouper. Les études utilisent en effet des échantillons de nature différente, d'origine différente, posent des questions différentes sur la façon dont les nuits chez l'autre parent sont organisées et explorent différents dispositifs et différentes quantités temporelles de ces nuitées».

Remarquons par exemple que les quatre études utilisant le concept d'attachement (sans compter celle de Woodward, 2000) présentent chacune des méthodologies différentes. Solomon et George (1999) utilisent la «situation étrange» tandis qu'Altenhofen, Sutherland et Biringen (2010) ainsi que Tornello, Emery et Rowan (2013) utilisent des variantes d'un Q-sort et enfin que McIntosh, Smyth et

Kelagher (2010) utilisent des traits de comportements qu'ils mettent en relation avec l'attachement.

Néanmoins un consensus a pu se faire entre Pruett, McIntosh et Kelly (2014) sur le fait que les alternances trop fréquentes de nuit sont à éviter pour les enfants de moins de trois ans et qu'en même temps il serait également préjudiciable de les supprimer totalement. Ce qui les amène à la recommandation suivante: «Pour les enfants de 0 à 3 ans, la capacité des parents à fonctionner de manière concertée au service de la protection et du développement de l'enfant à cette période hautement vulnérable peut déterminer si la pratique des nuitées chez chacun est utile, neutre, ou nocive pour l'enfant».

Mais de nombreuses questions demeurent sans réponse, ce qui amène les auteurs à conclure: «Nous, trois auteurs dont les points de vue ont été liés à des attitudes et des conclusions divergentes concernant les nuitées chez les jeunes enfants, et ont été utilisés dans les tribunaux et certains colloques comme «preuves», nous déclarons qu'il n'y a pas de «preuves».

Conclusion:

Il y a bien un débat contradictoire entre les différentes études sur la résidence alternée pour les enfants en bas âge. Pruett, McIntosh et Kelly (2014) viennent de nous expliquer pourquoi. Mais les termes de ce débat ne correspondent pas à la caricature qui en est faite en France.

Ainsi il n'y a pas de preuve scientifique que la résidence alternée soit nocive pour les enfants d'âge préscolaire. Et encore moins pour les enfants d'âge scolaire. Mais il n'y a pas de preuve du contraire non plus. Là-dessus Berger (2014) a raison, mais il ne peut pas dire que des preuves de la nocivité de la résidence alternée ont été données par lui pour exiger ensuite des preuves sur son absence de nocivité.

Je voudrais signaler un dernier point: tous les auteurs qui ont travaillé sur la question des arrangements de l'après divorce ont noté un lien très solide entre les conflits parentaux et le mal être des enfants. Et les études ici sont particulièrement nombreuses et scientifiquement irréprochables. Si l'on doit appliquer les connaissances des recherches sur les effets du divorce c'est avant tout sur ce point qu'on doit le faire. Comme on l'a vu, les enfants de moins de trois ans sont rarement en résidence alternée et quand ils le sont, ils ne sont pas tous victimes de cette résidence alternée. En revanche les enfants victimes des conflits parentaux sont mille fois plus nombreux et rarement indemnes. Je croirai donc en la sincérité de ceux qui se posent en défenseurs des enfants pour signer des pétitions contre la résidence alternée le jour où ils réclameront en priorité des mesures pour les protéger des conflits parentaux.

Références bibliographiques

Altenhofen, S., Biringen, Z. et Mergler, R. (2008). Significant family dynamics related to postdivorce adjustment in parents and children. *Journal of Divorce and Remarriage*, 49, 25-40.

Altenhofen, S., Sutherland, K. et Biringen, Z. (2010). Families experiencing divorce: Age at onset of overnight stays as predictors of child attachment. *Journal of Divorce and Remarriage*, 51(3), 141-156.

Berger, L. M., Brown, P. R., Joung, E., Melli, M. S. et Wimer, L. (2008). The stability of child physical placements following divorce: Descriptive evidence from Wisconsin. *Journal of Marriage and Family*, 70(2), 273-283.

Berger, M. (2014). Historique et recherches actuelles sur la résidence alternée. *Carnets psy*, 5, 22-31.

Brotsky, M., Steinman, S. et Zimmelman, S. (1991). Joint custody through mediation. Dans J. Folberg (dir.), *Joint custody and shared parenting* (p. 167-186). New York, NY: Guilford.

Goldstein, J., Freud, A. et Solnit, A. J. (1973). *Beyond the best interests of the child*. New York, NY: FreePress.

Johnston, J. R., Kline, M. et Tschann, J. M. (1989). Ongoing postdivorce conflict: Effects on children of joint custody and frequent access. *American Journal of Orthopsychiatry*, 59(4), 576– 592.

Kaspiew, R., Gray, M., Weston, R., Moloney, L., Hand, K., Qu, L. and the Family Law Evaluation Team. (2009). *Evaluation of 2006 family law reforms in Australia*. Sydney, Australie: Australian Institute of Family Studies.

Kochanska, G. et Kim, S. (2013). Early attachment organization with both parents and future behavior problems: From infancy to middle childhood. *Child Development*, 84(1), 283-296.

Maccoby, E. et Mnookin, R. (1992). *Dividing the child. Social and legal dilemmas of custody*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

McIntosh, J. E., Smyth, B. et Kelaher, M. (2010). Parenting arrangements post-separation: Patterns and developmental outcomes, Part II. Relationships between overnight care patterns and psycho-emotional development in infants and young children. Dans J. McIntosh, B. Smyth, M. Kelaher, Y. Wells et C. Long, *Post-separation parenting arrangements and developmental outcomes for infants and children. Collected reports* (p. 85–168). North Carlton, Victoria, Australia: Family Transitions.

McIntosh, J. E., Smyth, B. et Kelaher, M. (2015) Responding to Concerns About a Study of Infant Overnight Care Postseparation, With Comments on Consensus: Reply to Warshak. *Psychology, Public Policy, and Law*, 21(1), 111-119.

McKinnon, R. et Wallerstein, J. (1987). Joint custody and the preschool child. *Counselling Courts Review*, 25(2), 39-47.

Melli M.S et Brown P.R. (2008). Exploring a new family form - the shared time family. *International Journal of Law, Policy and the Family* 22(2), 231-269.

Pruett, M., Ebling, R. et Insabella, G. (2004). Critical aspects of parenting plans for young children. *Family Court Review*, 42(1), 39-59.

Pruett, M., McIntosh, J. et Kelly, J. (2014). Parental separation and overnight care of young children, Part I: Consensus through theoretical and empirical integration. *Family Court Review*, 52(2), 240-255.

Solomon, J. et George, C. (1999). The effects on attachment of overnight visitation in divorced and separated families: A longitudinal follow-up. Dans J. Solomon et C. George (dir.), *Attachment disorganization* (p. 243-264). New York, NY: Guilford.

Sünderhauf, H. (2013). Wechselmodel: Psychologie-Recht-Praxis. *Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung*. Wiesbaden, Allemagne: Springer VS.

Tornello, S., Emery, R., Rowen, J., Potter, D., Ocker, B. et Xu, Y. (2013). Overnight custody arrangements, attachment and adjustment among very young children. *Journal of Marriage and Family*, 75(4), 871-885.

Wallerstein, J. S. et Kelly, J. B. (1975). The effects of parental divorce: Experiences of the preschool child. *Journal of the American Academy of Child Psychiatry*, 14(4), 600-616.

Warshak, R. A. (2014). Social science and parenting plans for young children: A consensus report. *Psychology Public Policy, and Law*, 20(1), 46-67.

Woodward L., Fergusson D.M. et Belsky J. (2000). Timing of parents' separation and attachment to parents in adolescence: results of a prospective study from birth to age 16. *Journal of Marriage and the Family* 62(1), 162-174.

La santé des enfants de familles en séparation

Vittorio VEZZETTI

Pédiatre, Italie

La Science a montré les conséquences liées à la séparation parentale sur la santé des enfants et des adultes. Les dommages peuvent être classifiés en deux catégories: d'une part les dommages résultants de la perte d'un parent (parental loss) et d'autre part, ceux provenant des difficultés rencontrées pendant l'enfance (childhood adversity).

«Childhood adversity» inclut les stressors chroniques («chronic stressors»: conflit familial, séparation des parents, négligence des soins aux enfants mais également utilisation de drogues par les parents, l'éducation parentale faible, santé mentale précaire des parents, pauvreté) et les expériences traumatiques aigües (violence verbale, psychologique, physique, maladies graves et chroniques, exposition à la violence domestique).

Le problème est épidémiologiquement important car, seulement en Europe, le divorce concerne plus de dix millions de mineurs et les conséquences de ces divorces se manifestent seulement 10, 20 ou 30 ans plus tard.

Plusieurs études ont démontré que la résidence alternée (avec temps de cohabitation entre 33% et 67% chez chaque parent) ainsi qu'une bonne fréquentation des deux parents peuvent atténuer considérablement les effets de la séparation parentale (détresse mentale, satisfaction de vie, maladies psychosomatiques). En effet, en Suède et au Danemark, où la résidence alternée est très importante, le pourcentage d'enfants perdant le lien avec un des deux parents quelques années après la séparation atteint seulement 13 et 12% respectivement.

Au contraire, dans d'autres pays comme par exemple l'Angleterre, l'Italie ou la Grèce, où le taux de résidence alternée est faible, au moins 30% des enfants perdent le lien avec un des deux parents. En suivant les études scientifiques d'importance internationale ainsi que les expériences des pays qui ont introduit la garde partagée ("shared parenting"), le Conseil de l'Europe a appelé par la résolution 2079 d'octobre 2015 les 47 nations à introduire dans leur législation le principe de la résidence alternée des enfants après une séparation, tout en limitant les exceptions aux cas d'abus ou de négligence d'un enfant ou de violence domestique, et en aménageant le temps de résidence en fonction des besoins et de l'intérêt des enfants. Malheureusement les systèmes judiciaires européens ne suivent pas de lignes directrices communes et le traitement des enfants varie énormément entre les pays. Il suffit de traverser une frontière pour voir multipliée par trois la probabilité de perdre un parent après le divorce ou d'avoir de sérieuses conséquences regardant la santé, même à l'âge adulte. Il est nécessaire de progresser d'un champ purement juridique à

un champ scientifique et d'établir en Europe des lignes directrices fondées sur les résultats de la recherche scientifique accréditée (les 75 recherches publiées entre 1977 et 2014 dans des revues internationales à comité de lecture) et sur les modèles des pays plus avancés (aucun pays ayant commencé à utiliser la garde partagée n'est revenu sur ses pas). L'alternative est de laisser de telles décisions délicates se prendre au gré des opinions, perceptions, préjugés et sensibilités personnelles, en ignorant toute évaluation objective et scientifique.

Références bibliographiques

Bergstrom, M. et al. (2015). Fifty moves a year: is there an association between joint physical custody and psychosomatic problems in children? *Journal of Epidemiology and Community Health*, 69(8), 769-774. doi: 10.1136/jech-2014-205058.

Nielsen, L. (2014). Shared Physical Custody: Summary of 40 Studies on Outcomes for Children. *Journal of Divorce & Remarriage*, 55(8), 613-635.

Sünderhauf, H. (2013). Wechselmodel: Psychologie-Recht-Praxis. *Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung*. Wiesbaden, Allemagne: Springer VS.

Vezzetti, V. (2015). A comparative research on European children and divorce. Sarbrücken, Allemagne: Scholar Press.

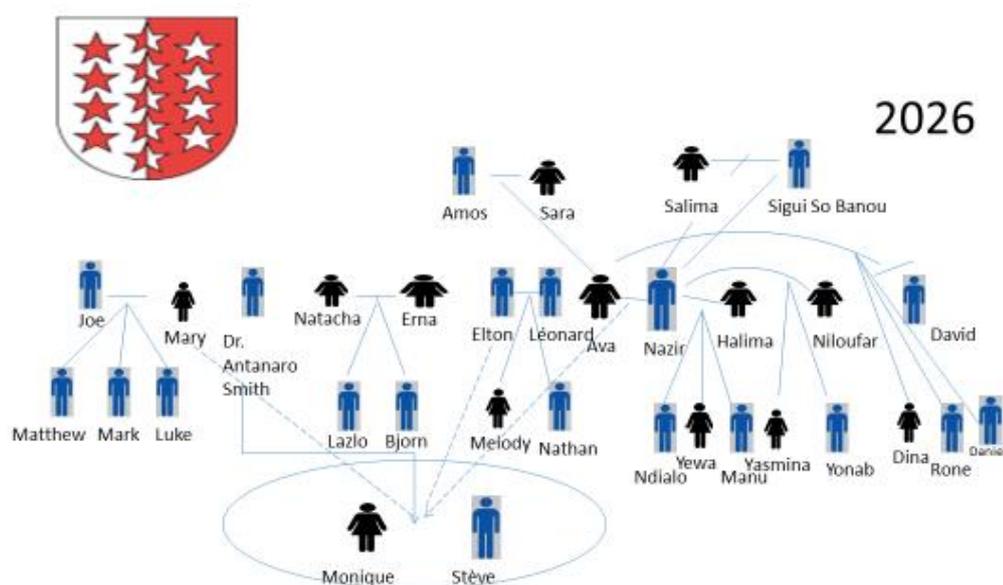
Warshak, R.A. (2014). Social science and parenting plans for young children: A consensus report. *Psychology, Public Policy, and Law*, 20(1), 46-67.

Divorce, multidisciplinarité, nouvelles approches

Anne REISER

Avocate, Genève, Suisse

Alors que les centres de formation de tous horizons se préoccupent de mettre sur pied des formations favorisant la collaboration multidisciplinaire, le travail en partage des connaissances métier et la coopération en addition de compétences au service des familles d'aujourd'hui, la parole a été donnée à Me Anne Reiser, avocate au Barreau de Genève, spécialiste en droit de la famille, pour qu'elle illustre, dans ce colloque, les besoins constatés au cours de sa longue pratique, qui l'ont poussée à rassembler autour de l'Association Ichoba pour la Régulation des Conflits Familiaux, des spécialistes tirés des secteurs privé et public, dans un travail en réseau au service des familles en rupture.



L'officiant:

Mes chers amis,

Nous voici réunis en l'an de grâce 2026 pour accueillir les petits

Stève et Monique

Au premier rang, Elton, qui a eu la générosité de donner sa semence; son mari Léonard, et leurs deux enfants Melody et Nathan, qui ont pris résidence à Verbier, lieu d'origine de Léonard;

Natacha, qui a donné ses ovules, son épouse Erna, leurs enfants Lazslo et Bjorn, qui nous viennent de Norvège;

La mère porteuse, Mary, qui nous vient de Californie avec son époux Joe, leurs enfants Mathew, Mark et Luke;

Le Dr. Antanaro Smith, auteur de l'acte procréatif et du brevet déposé grâce à ces enfants;

Et enfin les parents d'intention, heureux habitants de Chermignon: **Ava et Nazir;**

Le premier époux d'Ava, David et leurs enfants Rone, Dina et Daniel;

La deuxième épouse de Nazir, Niloufar, et leurs enfants Yasmina, Yonab, qui viennent de Côte d'Ivoire;

La première épouse de Nazir, Halima et leurs enfants Ndialo, Manu et Yewa, qui viennent de Mauritanie;

La mère du père d'intention, Salima, qui a fait le long voyage du Burkina Faso, et son premier époux, Sigui So Banou, qui nous vient du Mali,

La mère de la mère d'intention, Sara, qui nous vient d'Israël avec son mari, Amos,

Et, du deuxième au dixième rang, leurs frères, sœurs, cousins, cousines, oncles, tantes, grands-parents, grandes tantes et grands-oncles, que je renonce à saluer nommément, mais auxquels je souhaite une chaleureuse bienvenue.

Nous allons procéder à la lecture des articles essentiels de la charte familiale qui a été passée au sujet de ces enfants.

Avant cela, j'aimerais remercier la Caisse de l'État du Valais qui a accepté de restituer les 40'000 francs d'avances de frais de justice dépensés par la famille pour régler la situation de ces enfants: ça nous paiera le banquet de ce soir.

J'aimerais également remercier:

Le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Valais, qui a su user des cartons rouges nécessaires pour calmer ses troupes;

Le Conseil interconfessionnel des églises et le Centre de traduction du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, qui ont aidé les médiateurs et les assistants sociaux du Service de protection de la jeunesse à trouver un vocabulaire commun avec les grandes religions du livre et les autres courants spirituels qui ont cours dans cette nombreuse famille; et

L'Unité d'urgences psychiatriques de l'Hôpital de Sion qui a prodigué les soins indispensables aux médiateurs et aux assistants sociaux mis en œuvre pour aider cette famille à tisser du lien.

J'adresse enfin mes plus plates excuses au Consistoire de l'Église protestante, cruellement absente en ce jour: à ma décharge, j'ai pris l'initiative de m'inspirer de la liste protocolaire du Département fédéral des transports, utilisée récemment pour l'inauguration du 3ème tunnel ferroviaire du Gothard.

Passons à l'essentiel de la charte familiale.

Article 1 Appartenance familiale

Il est entendu que les prénoms des enfants reflèteront leur appartenance au lieu auquel ils seront élevés, et les membres de la famille s'engagent à n'appeler les enfants que par les prénoms valaisans Stève et Monique.

Stève et Monique seront placés sous l'autorité parentale d'Ava et Nazir. Leur résidence principale sera en Valais auprès de ces derniers, à Chermignon.

Article 2 Autorité parentale, garde et relations personnelles

La garde des enfants se répartira comme suit, tant qu'ils ne sont pas scolarisés. Les enfants passeront la moitié de leur temps auprès d'Ava et Nazir.

Le reste du temps fera l'objet d'un agenda «Google» accessible à toute la famille, sur lequel les personnes désireuses d'entretenir des relations personnelles avec les enfants marqueront leurs désirs. En cas de conflit d'agenda, les personnes en divergence et celles qui les soutiennent pourront miser sur leur proposition. La plus grosse mise constatée au bout de 24 heures adjudgera la proposition. Les sommes mises seront versées sur le compte Postfinance des enfants, et seront utilisées pour payer les transports.

Eu égard à la desserte intermittente de réseau internet en Afrique et afin d'assurer la participation à l'agenda de la famille des enfants résidant sur ce continent, une adresse URL sera prise par Niloufar à Abidjan. Les membres de la famille résidant en Mauritanie, au Burkina Faso et au Mali s'organiseront avec elle pour la transmission des messages.

En raison de la différence du pouvoir d'achat entre la Suisse et les pays d'Afrique, il est entendu que, pour apprécier les mises, un franc suisse sera réputé valoir cent mille unités de monnaie du pays africain concerné ou en cours dans la famille, et ce, qu'elle soit exprimée en argent ou en bétail ou autres possessions.

Enfin, tous les membres de la famille s'engagent à ne prononcer aucune parole désobligeante sur les autres membres de la famille, à l'occasion de l'exercice de leurs relations personnelles avec les enfants.

Article 3 Pratiques et rituels religieux

Tous les membres de la famille sont d'accord pour préserver les enfants de toute pratique d'ordre psychiatrique sur eux. En cas de troubles psychiques avérés, les enfants seront envoyés auprès du Hogon le plus âgé de Bandiagara, en pays Dogon, pour y recevoir les rituels nécessaires.

En dérogation à la coutume du pays Dogon, au Mali, les enfants ne subiront aucun piercing aux différents stades de leur initiation, dite initiation ayant lieu à l'occasion des vacances d'été des enfants.

En conformité avec les préceptes juifs et musulmans, Stève sera circoncis.

La famille entière est d'accord pour interpréter que rien dans le Coran n'impose l'excision de Monique, qui sera donc préservée de cette pratique.

Le père et la mère dispenseront, les grands préceptes de leur religion propre aux enfants, un soir sur deux, chacun à leur tour.

Article 4 Langues

Il sera parlé aux enfants en français par leur mère, en Tomon kan par leur père.

Dès leur alphabétisation, les enfants suivront, une semaine sur deux, des cours d'hébreu et de religion juive et musulmane. Le choix de leur confession leur sera donné dès qu'ils seront capables de discernement, mais au plus tard à 12 ans.

Article 5 Droit de suite

Conformément à l'accord passé avec le Dr. Antanaro Smith, auteur de l'acte procréatif et du brevet, les parents veilleront à ce que des bulletins de santé annuels des enfants parviennent annuellement à ce médecin, pour le bon ordre de ses dossiers auprès de l'Office mondial de la propriété intellectuelle. Conformément à leurs engagements pris par devers ce médecin, les parents emmèneront les enfants en Californie, à l'avènement de leur 12ème anniversaire, pour permettre à ce médecin d'effectuer les tests médicaux qu'il s'est réservé le droit de faire au moment de la conception des enfants. Les membres de la famille s'engagent à ne pas faire obstacle à ce temps de voyage dans l'agenda Google familial.

Article 6 Entretien des enfants

Je renonce ici à évoquer l'entier de l'accord intervenu, les règles de conversion des monnaies et des possessions étant par trop longues, et me contenterai de rappeler les grands principes qui ont été posés.

L'entretien de Stève et Monique est assuré par leurs parents d'intention, Ava et Nazir. Les transports liés à l'exercice des relations personnelles des enfants avec le reste de leur famille sont pris en charge par les hôtes des enfants et par le produit des mises internet liées à la tenue de l'agenda «Google» familial.

Le voyage en Californie des enfants lorsqu'ils auront 12 ans, pour subir les tests médicaux liés au maintien du brevet sera pris en charge par parts égales par le Dr Antanaro Smith et par les parents d'intention, Ava et Nazir.

Passons maintenant à la partie de l'accord qui a nécessité les plus grandes négociations jusque dans les locaux de l'Unité d'urgences psychiatriques de l'Hôpital cantonal du Valais où s'étaient réfugiés des médiateurs rendus rétifs par le processus: la clause de médiation.

Article 7 Régulation alternative des conflits

Tout litige pouvant surgir au sujet de l'exécution de cette charte familiale sera exclusivement tranchée par voie de médiation.

Le siège de la médiation sera à Sierre, et la médiation se déroulera en français. La partie qui ne parlerait pas cette langue se verra dotée d'un traducteur nommé par le Centre de traductions du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés à Genève. Le coût de la traduction et du transport à Sierre des parties en conflit sera supporté par le compte Postfinance des enfants alimenté par le produit des mises internet liées à la tenue de l'agenda «Google» familial. Dans ce but, toutes les parties à la charte conviennent d'alimenter ledit compte, annuellement, à hauteur de l'équivalent de 100 francs. Lorsque les enfants auront 18 ans, le solde inemployé du compte Postfinance sera dévolu au financement de leurs études dans le pays de leur choix.

Voilà, chers amis,

Toute à la joie de cette trêve familiale conclue dans l'intérêt des enfants, je renonce à vous donner des nouvelles de la justice, n'ayant pas eu de nouvelles du Bâtonnier de l'Ordre des avocats valaisans qui est en tractations avec l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte de Sierre, pour obtenir ratification de cette charte qui semble encore lui poser quelques problèmes au regard de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et de l'ordre public valaisan.

Je me tourne maintenant vers une avocate qui a eu l'occasion d'évoquer, il y a 10 ans, devant un parterre prestigieux, les problèmes de partage de parentalité, à l'heure où:

- Le mariage homosexuel n'existait pas et n'était pas reconnu en Suisse;
- Le don d'ovules était prohibé en Suisse, contrairement au don de sperme;
- Le don de sperme n'était possible qu'en faveur d'un couple marié hétérosexuel;
- La gestation pour autrui était réputée contraire à l'ordre public suisse;
- L'adoption conjointe était seule réservée aux couples mariés;
- L'adoption simple de l'enfant du partenaire homosexuel ou du concubin posait problème;
- Les brevets sur le génome humain étaient interdits;
- Seule la génétique dictait la reconnaissance du lien de filiation;

- Les grands-parents n'avaient aucun droit aux relations personnelles avec leurs petits-enfants;
- Le droit de répudiation après deux ans de séparation ne posait aucun problème, mais...
- La polygamie successive et les recompositions familiales n'étaient pas traitées par l'ordre juridique suisse, et ainsi...
- Les époux et épouses successifs n'étaient pas parties aux procédures judiciaires qui concernaient les enfants de leur conjoint ou conjointe;
- Les enfants de différentes fratries ne voyaient pas leurs liens entre eux protégés;
- Les enfants élevés successivement par des personnes différentes n'avaient pas de droit à garder des liens avec ces personnes si le lien qu'elles avaient avec leur père ou mère juridique était rompu;
- Le concubinage n'était saisi par aucune norme juridique permettant sa reconnaissance judiciaire;
- L'internationalité des familles était exclusivement traitée à l'aune du droit suisse et de son ordre public;
- La collaboration entre les pays signataires des Conventions de La Haye de 1980 sur les enlèvements d'enfants et de 1996 sur la responsabilité parentale était balbutiante et ne permettait pas d'obtenir rapidement le retour des enfants enlevés;
- Les problèmes familiaux paralysaient le fonctionnement de la justice par leur multiplicité, et par le nombre d'instances qu'elles occupaient (pénales, civiles, de protection des enfants, sans parler des procédures policières, ou de recouvrement et d'aide et de placement sociaux);
- Les ruptures conjugales et les fins de concubinage, conçues exclusivement comme des procédures, étaient réservées au seul monde judiciaire;
- Les règles de procédure civile avaient pour conséquence qu'on ne s'intéressait qu'à la parentalité des couples en conflit, ce qui poussait les parents à plaider prétendument au nom de l'enfant pour obtenir d'être entendus;

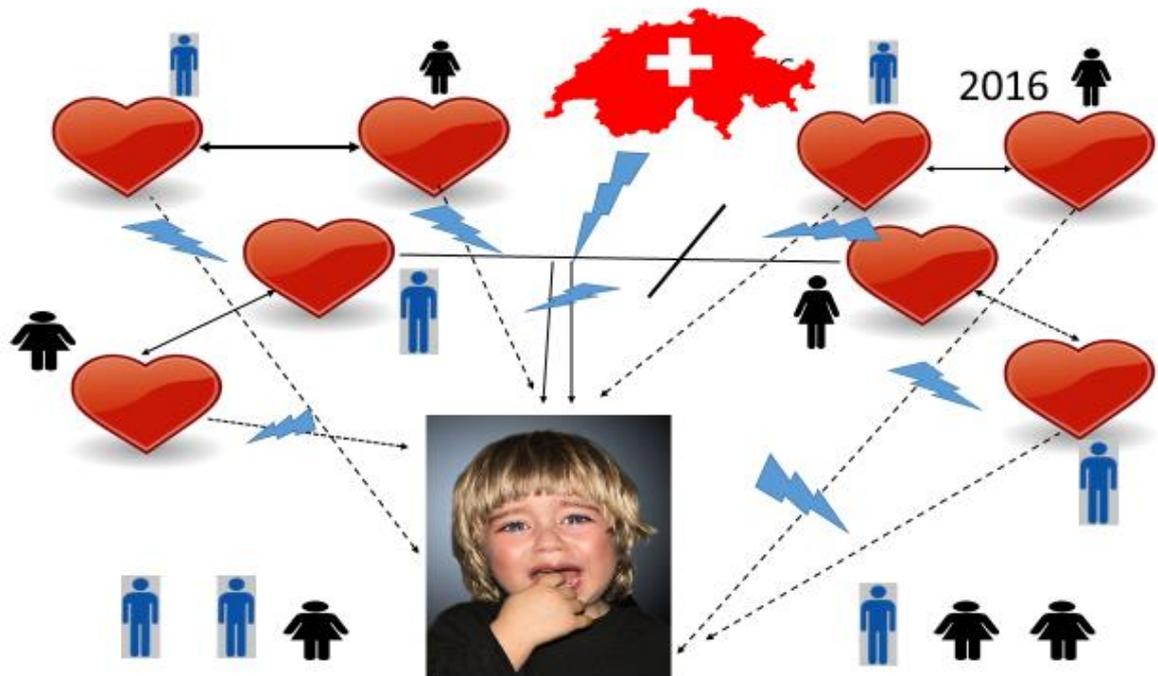
- Le droit de visite des enfants avec leur parent non gardien, consacré par jugement, n'était pas susceptible d'exécution forcée;
- Les ruptures conjugales et de concubinage avaient donc pour conséquences la rupture des liens entre les enfants et leur parent non gardien ou parent de référence (concubin, grand-parent, etc.) qui s'en était occupé avant la rupture;
- Les enfants n'étaient pas systématiquement entendus et étaient laissés à leur solitude dans les conflits qui les concernaient, souvent avec, en prime, la charge de soutenir le parent émotionnellement le moins apte à les élever;
- La bombe à retardement que représentaient, pour notre société, ces enfants souffrants, esseulés, en rupture, sans recours ni amour, ne faisait l'objet d'aucune attention;
- Les politiques de protection de la famille étaient morcelées, sur le plan fédéral, cantonal, et communal, et aucune politique de protection de la famille n'existait sur le plan international, le seul tribunal international existant étant celui du commerce;
- Le droit civil et le droit public (fiscal, social) de la famille n'étaient pas mis en cohérence sur le plan suisse, en sorte que ce que le juge pouvait avoir en vue était rarement ce qui attendait les familles qui devaient vivre ensuite avec leur jugement;
- Il n'y avait pas de collaboration en réseau, de manière multidisciplinaire, entre les différents intervenants en protection de l'enfance et de l'adulte, afin de trouver, pour chaque famille en transition ou en recomposition, des solutions qui ne la contraindraient pas à revenir chercher de l'aide ou à plaider à nouveau en justice;
- La famille était affaire privée, et surtout privée de moyens, d'attention et de soins;
- Tous les acteurs au service de la famille étaient en concurrence et se marquaient une méfiance mutuelle:
- Les médiateurs et assistants sociaux étaient considérés par les avocats et les juges comme des eunuques qui n'avaient rien à faire hors du monde des «Bisounours»;
- Les thérapeutes n'avaient pas de mots assez durs pour les avocats qui poussaient au conflit judiciaire et pour les médiateurs et assistants sociaux qui n'étaient pas même formés à la médecine; ils finissaient pourtant par collaborer

avec les avocats, pour aider leurs patients à supporter la longueur infinie des procédures familiales;

- Les avocats étaient tenus par les médiateurs dans un profond mépris teinté d'envie, liés au fait qu'ils gagnaient bien leur vie, eux, en se repaissant comme des vautours des conflits familiaux;
- Les juges avaient horreur des avocats, ces donneurs de leçons empêcheurs de tourner en rond, mais les toléraient parce qu'ils venaient du sérail, et ce, bien plus que les médiateurs, ces individus qui ne connaissaient rien du droit et avaient la prétention de faire leur travail;
- Les avocats se comportaient de la même manière en procédure familiale que dans n'importe quelle autre procédure, civile ou pénale, pourvu qu'ils gagnent;
- Les assistants sociaux étaient considérés comme les thérapeutes, toujours axés sur les victimes, avec une petite divergence, s'agissant des thérapeutes: dotés d'un réel sens des affaires, on osait penser qu'ils avaient poussé le raffinement jusqu'à aider leurs patients à intérioriser un dialogue victimaire entre différentes parties de la même personne pour fidéliser leur patientèle...

Bref,

- Les avocats et les juges occupaient seuls le terrain judiciaire, contentieux; et
- Quand les conflits atteignaient des pics insurmontables, les juges dégageaient les affaires en corner du côté de Services de protection de la jeunesse débordés, puis d'experts psychiatres souvent peu formés à la systémique et à l'interculturalité;
- En sorte que ce qui était à l'origine un problème social non réglé devenait un grave problème médical, par la suite remboursé par les compagnies d'assurance maladie, ce qui changeait un peu, parce que
- Les avances de frais de justice à fournir par la classe moyenne (correspondant, en cas de contentieux, à environ au moins deux fois et demi le salaire médian suisse de CHF 6'439 à Genève par exemple) privaient celle-ci de l'accès à la justice si elle ne voulait pas s'endetter, et la forçait à choisir entre les avances de frais judiciaires et les honoraires de conseil.



- A l'heure où nous avons enfin une politique familiale nationale et internationale digne de ce nom, et où la pratique de l'addition des compétences au service de la famille est devenue la règle pour protéger les enfants et tous ceux qui les aiment, il n'est pas inutile de rappeler le chemin parcouru, en sorte que je vais laisser la parole à Me Anne Reiser pour vous rejoindre, chers amis, autour de ce banquet familial permis, je le rappelle encore avec gratitude, tant j'ai les narines flattées par les odeurs qui nous viennent des cuisines, par la Caisse de l'État du Valais.

Anne Reiser: Mesdames et Messieurs,

Quelques chiffres genevois tirés des comptes rendus du pouvoir judiciaire vous suffiront, je pense, pour appréhender les besoins de la population de mon canton.

Entre 2012 et 2014, le nombre des procédures familiales est passé de 1'867 à 2'227. Les ordonnances de mesures provisionnelles – décisions présidentielles urgentes non comprises – ont passé de 2,52 en 2011 à 3,02 en 2012, les chiffres de 2014 n'étant pas publiés. La durée des procédures de divorce, y compris les mesures protectrices de l'union conjugale qui les précèdent, est passée de 11,62 mois en 2011 à 10,16 mois en 2012, alors que la durée des autres procédures civiles est passée de 6,49 à 5,87 mois entre 2011 et 2012.

En 2011, 1,88% du budget de l'Etat était alloué à la Justice, troisième pouvoir dans un Etat démocratique. Ce pourcentage est passé à 2,10% en 2015.

Les avances de frais encaissées par le Tribunal de première instance de Genève (l'instance qui est compétente pour régler les procédures familiales) est passé de CHF 7'740'039 en 2011 à CHF 13'688'196 en 2013; les chiffres postérieurs ne sont pas publiés. Les avances de frais encaissées par la Cour de Justice (l'instance compétente pour statuer sur les recours et appels dans le domaine familial) sont passées de CHF 2'129'333 en 2011 à CHF 2'595'005 en 2013; les chiffres postérieurs ne sont pas publiés.

Une analyse de ces chiffres, mis en parallèle avec le nombre de procédures civiles recensées, conduit à penser qu'en 2013, la moyenne des avances de frais était de CHF 2'256 en première instance, et de CHF 14'645 en appel, ce qui signifie qu'une procédure familiale ayant abouti à une décision contestée en appel aura coûté en moyenne CHF 16'901 en 2013, contre CHF 4'805 en 2011.

Sachant qu'en Suisse, le revenu brut moyen était de CHF 9'965 en 2011, et que 29.3% de ce revenu est alloué aux dépenses obligatoires, selon le rapport du Conseil fédéral du 27 août 2014 en réponse au postulat du 7 décembre 2010 déposé par Jacqueline Fehr (10.4046), la question pourrait se poser – en analysant les chiffres d'autres cantons - de savoir si l'on peut considérer que l'accès à la justice garanti par les articles 29, 29a et 30 de la Constitution fédérale est respecté dans les faits.

En tous les cas, force est de constater que tous les membres des familles en rupture ne sont pas forcément accueillis dans la même procédure, s'ils le sont; que la durée et le coût des procédures sont susceptibles d'augmenter les conflits qu'elles devraient pacifier; que la procédure de conciliation réservée aux autres procédures civiles n'existe pas pour les couples mariés; et que les justiciables qui ne sont ni riches ni pauvres (ces derniers bénéficiant de l'assistance judiciaire) et qui ont les moyens de s'offrir l'aide hautement souhaitable d'un avocat (vu l'extraordinaire technicité de la matière) finissent souvent par avoir à choisir entre le financement de cette aide et le paiement des frais de justice. Les accords qu'ils concluent alors, de guerre lasse, cas échéant à l'aide d'un médiateur familial, revêtent rarement le caractère clair et complet qui les préservera d'un retour futur à la justice.

C'est parce que les familles en transition ont besoin de poser rapidement un cadre au règlement de leurs divergences, à l'aide de professionnels d'horizons différents (avocats, notaires, fiscalistes, thérapeutes de famille, médiateurs, intervenants en protection de l'enfant, etc.) qui sont rompus au travail en addition de compétences que l'Association Ichoba pour la Régulation des Conflits Familiaux a vu le jour à Genève¹. La création d'un centre de régulation des conflits testant ce mode de travail en réseau a été l'une de ses priorités, qui a abouti à la modélisation d'un processus de régulation multidisciplinaire. La formation à ce processus suivra, afin qu'il puisse être enrichi de l'expérience des professionnels d'autres cantons.

¹ www.ichoba.ch

La garde alternée, ça marche?

Marie-France CARLIER

Juge, Belgique

1. Introduction

En Belgique, la loi du 18 juillet 2006 instaurant l'obligation pour le juge d'envisager la solution de l'hébergement égalitaire préalablement à toute autre solution est née sous l'impulsion des états généraux de la famille qui dénonçaient l'imprévisibilité des litiges en matière d'hébergement de l'enfant.

L'idée du législateur est d'instaurer un principe de référence pour accéder à une plus grande sécurité juridique.

Cette loi a complété l'article 374 du code civil qui consacre, depuis le 13 avril 1995, le principe de l'autorité parentale conjointe en cas de séparation, en y ajoutant un deuxième paragraphe:

«§ 2. Lorsque les parents ne vivent pas ensemble et qu'ils saisissent le tribunal de leur litige, l'accord relatif à l'hébergement des enfants est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. À défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents. Toutefois, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un hébergement non égalitaire. Le tribunal statue en tout état de cause par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents».

On constate qu'en fait, cette loi privilégie en premier lieu le consensus en cas de séparation des parents sachant qu'une solution consentie a plus de chance d'être respectée et que les parents sont souvent les mieux placés pour prendre des décisions conformes à l'intérêt de leurs enfants.

Le fait de privilégier, dans la loi, l'hébergement égalitaire, c'est reconnaître l'égalité de principe entre les parents. Effectivement, dès lors que la répartition des rôles entre les hommes et les femmes a indéniablement évolué vers plus d'égalité, les hommes et les femmes doivent avoir les mêmes droits et responsabilités en tant que parents également. Il convient de dépasser les stéréotypes de genre sur les rôles prétendument assignés à la femme et à l'homme au sein de la famille. De nombreux couples organisent leur vie familiale en décidant que celui qui gagne le moins prendra un temps partiel pour s'occuper des enfants. Par conséquent, les pères sont de plus en plus nombreux à s'occuper prioritairement des enfants.

Il existe une réelle volonté des nouveaux pères de s'investir davantage dans l'éducation de leurs enfants et aussi une volonté croissante des mères de voir le père assumer son rôle dans l'éducation de leur enfant.

Comme le souligne Jean-Louis Renchon (2015)¹, ce n'est pas l'intérêt de l'enfant qui a constitué la motivation essentielle de la loi visant à privilégier l'hébergement égalitaire mais une vision qu'il qualifie de très idéologique du principe d'égalité devenue référence normative récurrente dans nos sociétés occidentales.

2. L'hébergement égalitaire: renversement de la charge de la preuve

Il est précisé dans l'exposé des motifs que «contrairement à la situation actuelle, ce ne sera plus le parent qui sollicite l'hébergement égalitaire qui devra démontrer la pertinence de celui-ci, mais au parent qui s'y oppose de démontrer qu'il existe une contre-indication»².

Ainsi, cette réforme implique un renversement de la charge de la preuve et contraint dès lors le parent qui s'oppose à l'hébergement égalitaire à prouver l'existence de contre-indications sérieuses, à défaut de quoi, il n'obtiendra pas l'hébergement principal de l'enfant.

S'agissant de ces contre-indications, le législateur n'a pas souhaité les préciser dans le texte de loi afin de permettre au magistrat de faire usage de son pouvoir d'appréciation.

Les principales contre-indications citées, à titre exemplatif, dans les travaux préparatoires sont:

- l'éloignement géographique significatif des parents;
- l'indisponibilité sérieuse de l'un d'eux;
- l'indignité de l'un d'eux;
- le désintérêt manifeste pour l'enfant de l'un d'eux;
- le jeune âge de l'enfant;
- le contenu de l'audition de l'enfant;
- le maintien de la fratrie.

Il en résulte que les magistrats continuent de statuer au cas par cas en fonction des circonstances concrètes de la cause qui leur sont soumises et surtout apprécient, s'il est de l'intérêt des enfants à être hébergé de manière strictement égalitaire, dès lors qu'il existe beaucoup d'autres modalités possibles qui répondent peut-être mieux aux besoins des enfants. Par exemple, les hébergements semi-égalitaires (9/5) sont

¹ Revue *Filiatio*, Bimestriel #21/novembre-décembre 2015, Considérations sur l'hébergement égalitaire p.17

² Doc. Parl, Chambre, 2004-2005, 1673/001, p. 7

souvent des solutions intermédiaires idéales pour respecter le rythme des enfants en bas âge et avancer de manière progressive vers un hébergement égalitaire. Pour éviter que les jeunes enfants ne soient séparés de chacun de leurs parents durant une trop longue semaine, on peut aussi prévoir que chacun des parents reçoit les enfants du mercredi sortie d'école au jeudi matin de la semaine d'hébergement de l'autre.

3. La pratique au Tribunal de la famille de Dinant

Dès lors que le pouvoir d'appréciation du Juge au Tribunal de la famille demeure important dans la mise en place d'un hébergement égalitaire, les pratiques diffèrent encore fortement d'un arrondissement à un autre et d'un juge à l'autre.

Il est effectivement très compliqué de statuer sur les modalités d'hébergement pour des enfants qu'on ne connaît que soit, via le prisme de leur audition pour les enfants de plus de 12 ans qui ont manifesté le souhait d'être entendu par le juge de la famille (nouvel article 1004/1 du code Judiciaire) ou par les quelques informations glanées par les parents. Par ailleurs, les circonstances de fait de la séparation, le lien «préférentiel» d'attachement qui s'est noué avec l'un des parents, l'âge de l'enfant, la distance entre les deux domiciles et l'organisation familiale durant la vie commune sont des éléments dont il faut tenir compte pour tenter de maintenir une stabilité des enfants au milieu d'une séparation qui est en elle-même fortement déstabilisante.

Au Tribunal de la famille de Dinant, dès le 1^{er} avril 2012, un projet pilote visant à adapter le modèle de Cochem (appelé «modèle de consensus parental») a été mis en place suite à un contact entre les deux Juges de la jeunesse et le Bâtonnier des avocats de Dinant qui a accepté de se lancer dans ce beau défi.

Cette pratique créée et développée à Cochem par le Juge Jürgen Rudolph, le barreau de Cochem et la psychologue Ursula Kodjoe est une coopération pluridisciplinaire de tous les intervenants professionnels autour des familles (magistrats, avocats, experts, médiateurs, services d'aide à la jeunesse, la maison de Justice, etc.) visant à amener les parents en conflit à trouver des solutions amiables qui répondent aux besoins de leurs enfants.

Cette collaboration a fondamentalement modifié le rôle des avocats qui travaillent énormément en amont leurs clients par rapport à leur rôle et leur responsabilité parentale ainsi que sur les besoins de leurs enfants. Les avocats informent les parents sur ce qui est attendu d'eux par le Tribunal: mettre de côté leur rancœur (en participant à une médiation ou à une thérapie familiale) pour pouvoir se centrer sur les besoins et le bien-être de leurs enfants.

A Dinant, il est assez rare que les juges au Tribunal de la famille doivent prendre seuls la lourde responsabilité d'imposer aux parents une décision sur les modalités d'hébergement des enfants. Cette coopération du juge et des conseils des parties à

l'audience permet de dégager soit des accords provisionnels, soit des accords définitifs outre des accords pour participer à une médiation. Par ailleurs, des mesures d'investigation telles des enquêtes sociales de police ou des études civiles peuvent aussi éclairer le Juge quant aux compétences parentales et au respect de la place de l'autre parent dans la vie de leur enfant.

Récemment, la loi du 30 juillet 2013 portant création du Tribunal de la famille, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2014 a voulu également favoriser les modes amiables de règlement des conflits (MARCS) et a créé des chambres de conciliation présidée par un magistrat.

Alors que dans le passé, les compétences familiales étaient disséminées entre plusieurs juridictions, ce qui poussaient les justiciables à multiplier les actions pour obtenir un jugement qui lui donne «raison», à présent, au sein du Tribunal de la famille, le principe est dorénavant: une famille – un dossier – un juge.

Par conséquent, le juge connaît très bien ses familles. Il y a certains parents qui reviennent régulièrement soit parce que le juge souhaite vérifier l'évolution favorable de la situation avant de prononcer un jugement définitif, soit parce qu'en raison de la saisine permanente, il est ressaisi par une des parties dès lors qu'il existe un élément nouveau qui nécessite la révision des modalités d'hébergement. Par exemple: un adolescent ne souhaite plus d'hébergement alterné depuis qu'un de ses parents s'est remis en ménage avec une nouvelle compagne ou un nouveau compagnon (cas classique).

La mise sur pied du Tribunal de la famille a permis une cohérence des décisions prises et une stabilité sur du long terme.

4. Les avantages de l'hébergement égalitaire

Les avantages de l'hébergement égalitaire sont nombreux.

L'hébergement alterné permet principalement à l'enfant d'être élevé par ses deux parents et de grandir en s'identifiant à ses deux parents.

Il permet à chacun des parents de s'investir de manière égale dans l'éducation et dans la vie de l'enfant en lui permettant de bénéficier en temps égal de la présence et de l'apport de sa mère et de son père. Il n'y a plus un parent à temps plein et un «papa walibi» avec lequel on ne fait que s'amuser un week-end sur deux et la moitié des vacances.

Les deux parents disposent de temps pour eux, pour se reconstruire et développer une nouvelle relation affective. Il n'y a plus un parent surchargé et un autre parent découragé.

Les parents sont à une proximité géographique, ce qui permet à leurs enfants de pouvoir s'inscrire dans des groupes d'appartenance (activités sportives, mouvements de jeunesse, etc.) qu'ils fréquentent où qu'ils soient.

L'hébergement égalitaire met fin aux croyances selon lesquelles seule la mère est capable d'élever seule un enfant.

Ce type d'hébergement permet surtout d'éviter les ruptures de liens et l'emprise d'un parent sur l'enfant.

5. Conclusion

Pour répondre à la question posée, oui l'hébergement alterné (égalitaire), ça marche, mais surtout pour les couples qui organisent leur séparation en bonne intelligence et qui respectent la place de l'autre parent dans la vie de leur enfant, conscients de ses besoins dont celui de pouvoir être hébergé chez chacun de ses parents alternativement.

Il ne faut jamais perdre de vue que l'hébergement alterné doit être avant tout un droit des enfants à avoir des relations avec leurs deux parents.

Les deux parents sont sur le même pied d'égalité dans la loi, mais ils seront parfois amenés à ne pas imposer à tout prix un hébergement égalitaire à leur enfant. S'ils sont capables de se centrer sur le seul intérêt de leur enfant, ils prendront toujours la meilleure décision pour lui.

Dans le projet de résolution adopté à l'unanimité le 10 septembre 2015 par la Commission sur l'égalité et la non-discrimination du Conseil de l'Europe, l'Assemblée appelle les États membres au point 5.5 «à introduire dans leur législations **le principe de la résidence alternée** des enfants après une séparation, mais en aucun cas dans les situations de violences sexuelles ou basées sur le genre et en aménageant le temps de résidence en fonction des besoins et de l'intérêt des enfants».

L'Assemblée invite également les pays membres au point 5.9: «à encourager et, le cas échéant, développer la médiation dans le cadre des procédures judiciaires en matière familiale impliquant des enfants, notamment en instituant une séance d'information obligatoire ordonnée par un juge, en veillant à ce que les médiateurs reçoivent une formation appropriée et **en favorisant une coopération pluridisciplinaire inspirée du modèle de Cochem**». En favorisant le modèle de Cochem, qui lui-même privilégie la médiation, les pays membres vont nécessairement accroître progressivement le nombre de gardes alternées. Elles ne seront pas imposées par un juge mais seront le fruit d'un consensus parental et l'aboutissement de tout un travail pluridisciplinaire des intervenants psycho-judiciaires visant à mettre

un terme à la logique guerrière et aux procédures judiciaires conflictuelles dont les enfants sont les premières victimes.

La garde alternée, ça marche?

Félix SCHÖBI

Juge fédéral, Suisse

I. Introduction¹

Le 1er juillet 2014 sont entrées en vigueur - après un débat politique d'à peu près dix ans - les nouvelles dispositions du Code civil suisse (CC) sur l'autorité parentale. Avec le nouveau droit, l'autorité parentale conjointe de la mère et du père est devenue la règle, indépendamment de l'état civil des parents (art. 296 al. 2 CC). L'autorité parentale conjointe n'est donc plus le privilège des couples mariés. Ainsi, les enfants de parents non mariés ou divorcés peuvent également en profiter. Certes, exceptionnellement, lorsque le bien de l'enfant le commande, l'autorité parentale est attribuée à un seul parent (art. 298 al 1, art. 298b al. 2 et art. 298c CC)². Aujourd'hui, je ne m'occuperai pas de ces cas, mais de l'influence de l'autorité parentale conjointe sur la garde des enfants. Ou, plus concrètement, de la question suivante: Avec quel parent vit l'enfant lorsque l'autorité parentale est conjointe?

Dans la pratique, la garde de l'enfant est plus importante que le régime de l'autorité parentale. En attribuant la garde à la mère ou au père, on ne statue en effet pas seulement sur le foyer de l'enfant, mais également sur le financement de ce foyer, car normalement, le parent sans garde doit contribuer financièrement à l'entretien de l'enfant (art. 276 ss. CC).

Je ne peux évidemment pas traiter toutes les questions liées à la garde. Ainsi, je me limiterai à la garde (ou résidence) alternée (ou conjointe) en ignorant les questions du droit international privé³.

Le Code civil suisse ne connaît la notion de garde alternée que depuis le 1er janvier 2017, date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur l'entretien de l'enfant. Selon les nouveaux art. 298 al. 2ter et 298b 3bis, le juge ou l'autorité de protection de l'enfant examinera la possibilité de la garde alternée si le père, la mère ou l'enfant la demande. Ces dispositions ne définissent cependant pas la garde alternée.

¹ Cette contribution reprend pour l'essentiel l'intervention orale de l'auteur à l'occasion du colloque du 20 mai 2016 à Sierre. Ainsi, seulement la doctrine et la jurisprudence à cette date ont été prises en compte. Entre temps, le tribunal fédéral a émis d'autres décisions importantes avec un impact direct ou indirect sur la garde alternée (cf. spécialement ATF 142 III 617; 142 III 612; 142 III 502; 142 III 498 et 142 III 481 ainsi que les arrêts 5A_619/2016 du 23 mars 2017 [destiné à la publication] et 5A_425/2016 du 15 décembre 2016).

² Voir les arrêts ATF 142 II 56 et ATF 141 III 472 ainsi que les arrêts 5A_412/2015 du 26 novembre 2015 et 5A_400/2015 du 25 février 2015.

³ Voir à ce sujet: Gallant, E. (2015). Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis. Dans V. Heuzé, R. Libchaber et P. de Vareilles-Sommières, *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer* (p. 241-253). Paris, France: Lgdj.

Le manque d'une définition légale n'a toutefois pas empêché le Tribunal fédéral d'utiliser la notion de garde alternée. Il s'est exprimé (dans les arrêts 5A_46/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.4.3, 5A_928/2014 du 26 février 2015 consid. 4.2, 5A_345/2014 du 4 août 2014 consid. 4.2 et 5A_866/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.2) comme suit: «La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales».

On trouve une définition similaire dans le Rapport du 14 septembre 2015 de la Commission du Conseil de l'Europe sur l'égalité et la non-discrimination (ch. 15)⁴: «La résidence alternée se définit comme un arrangement en vertu duquel les enfants de parents séparés ou divorcés passent quasiment autant de temps chez chaque parent après la séparation, c'est-à-dire au moins 35 % (voire 50 %) chez un parent.»

Même si la définition est (presque) unanime, quelques clarifications s'imposent. Premièrement, il faut distinguer entre garde alternée et domicile: même en cas de garde alternée, l'enfant ne peut, en droit suisse, avoir qu'un seul domicile, celui de la mère ou celui du père (art. 25 CC)⁵. Deuxièmement, parler de garde ne signifie pas que les parents prennent en charge leurs enfants personnellement. Il est donc possible que l'enfant passe son temps dans une crèche ou avec un nouveau partenaire de son père ou de sa mère. Troisièmement, la notion de garde alternée laisse ouverte la question du rythme des contacts avec les deux parents. Il est possible que les enfants changent leur foyer tous les jours. Le plus souvent, les parents choisissent un «horaire» permettant d'éviter que l'enfant passe tous les weekends auprès du même parent.

Enfin, il arrive que les enfants restent dans le même foyer et que les parents déménagent. En allemand, on parle dans ce cas de «Nestmodell» en l'opposant au modèle traditionnel où l'enfant déménage, appelé «Pendel-» ou «Wechselmodell».

Permettez-moi encore un mot sur la relation entre la garde alternée et le bien de l'enfant, tout en sachant qu'il s'agit là d'une question plus psychologique que juridique. Personnellement, je me tiens au rapport déjà mentionné du Conseil de l'Europe qui résume la situation comme suit (ch. 23)⁶: «D'une manière générale, il peut être affirmé que la résidence alternée a plus d'effets bénéfiques que la résidence chez un seul parent, ceci en termes de bien-être psychologique, émotionnel et social, de santé physique et de maladies liées au stress. De plus, et ceci semble le plus

⁴ Egalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères, Rapporteuse: Mme Françoise Hetto-Gaasch, Luxembourg, Groupe du Parti populaire européen, Doc. 13870.

⁵ Cf. arrêt 5A_937/2015 du 31 mars 2016 cons. 4.

⁶ Pour plus d'informations: Salzgeber, J. (2015). Die Diskussion um die Einführung des Wechselmodells als Regelfall der Kindesbetreuung getrennt lebender Eltern aus Sicht der Psychologie. *FamRZ*, 23, 2018-2024. Sünderhauf, H. et Widrig, M. (2014). Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut – Eine entwicklungspsychologische und grundrechtliche Würdigung. *AJP/PJA*, 7, 885-904. Nielsen, L. (2011). Shared Parenting after Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research. *Journal of Divorce & Remarriage*, 52(8), 586-609.

important, les enfants ont des relations plus intenses avec leur père, une plus grande facilité de communiquer avec lui».

Mais évidemment, tout comme l'autorité parentale conjointe, la garde alternée n'est pas toujours une bonne solution pour l'enfant. Un enfant peut en souffrir soit physiquement parce que les foyers des deux parents sont trop loin l'un de l'autre, soit psychiquement parce qu'il ne peut pas s'adapter tous les deux ou trois jours à un autre foyer. Lorsque la garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, il faut chercher une autre solution. Il arrive donc qu'un parent doive se contenter d'un droit de visite, éventuellement élargie⁷, par exemple un weekend toutes les deux semaines du vendredi au lundi, un ou deux soirs par semaine et au moins la moitié des vacances. Un régime basé sur le bien de l'enfant exclut par définition tout schématisme.

II. Lorsque les parents sont d'accord avec la garde alternée

Du point de vue du droit privé, il n'y a pas d'obstacles sérieux pour la garde alternée lorsque les parents y consentent. Le fait que le juge du divorce doit contrôler si une convention prévoyant la garde alternée est dans l'intérêt de l'enfant et que les maximes d'office et inquisitoire s'appliquent (art. 296 CPC) n'y change rien. A ma connaissance, aucun juge n'a jamais refusé une convention des parents qui prévoyait la garde alternée.

Cela n'exclut cependant pas d'autres facteurs limitatifs de la garde alternée. Je pense tout d'abord aux contraintes économiques: comment financer deux ménages lorsque les moyens financiers ne suffisent même pas à en financer un? Pire encore: Comment organiser une garde alternée lorsque l'employeur n'engage par principe pas de collaborateurs à temps partiel ou montre peu de compréhension pour les personnes voulant travailler à temps partiel à cause de leurs obligations familiales?

D'autres restrictions ressortent du droit public. Dans ce contexte, je signale par exemple que les parents ne sont pas libres de confier leur enfant à quiconque. S'ils veulent placer leur enfant auprès d'un tiers, ils sont soumis à des règles très strictes. Je renvoie à ce propos à l'ordonnance sur le placement d'enfant [OPE] du 19 octobre 1977 (SR 211.222.338). Je pense aussi au fait que le droit à un enseignement de base (art. 19 de la Constitution fédérale) a comme corollaire l'obligation des parents d'envoyer leurs enfants à l'école. C'est pourquoi une amende a été infligée à la mère qui voulait que ses enfants passent la moitié de l'année auprès du père à l'étranger⁸. Je pense aussi au droit social et au droit fiscal, qui sont souvent hostiles à une garde alternée en «s'inspirant» d'une répartition traditionnelle des tâches entre les parents, tradition selon laquelle la mère prend en charge l'enfant tandis que le père paye⁹. Pire

⁷ On peut douter de l'exactitude de cette terminologie. Correctement, il n'y plus de droit de visite lorsque les parents exercent l'autorité parentale conjointe. Plutôt, le parent concerné prend en charge l'enfant pour une durée qui ne correspond pas à la définition de garde alternée.

⁸ Voir l'arrêt 2C_1012/2015 du 23. novembre 2015.

⁹ Voir – comme exception et exemple positif – ATF 141 II 338.

encore, les restrictions de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2006: une garde alternée est tout simplement impossible lorsqu'un parent n'est pas autorisé à vivre en Suisse.

En disant cela, je n'ignore pas qu'on pourrait voir la garde alternée aussi différemment, c'est-à-dire comme argument pour faire avancer les choses: pourquoi ne pas permettre à un père étranger de vivre en Suisse pour la raison qu'il a convenu avec la mère d'une garde alternée?¹⁰ N'oublions pas que l'idée directrice de toutes ces règles n'est pas que les parents ont des droits, mais que l'enfant a droit à ce que ses deux parents s'occupent de lui. C'est pourquoi on utilise en allemand le terme «Pflichtrecht» (Droit-devoir) lorsqu'on parle de l'autorité parentale, de garde et de droit de visite. Un tel engagement nécessite par définition une présence physique en Suisse. C'est aussi ce que nous enseigne la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Udeh (requête No 12020/09) du 16 avril 2013¹¹: Les autorités suisses de migration avaient considéré qu'il n'y avait pas lieu de délivrer à l'intéressé une nouvelle autorisation de séjour, vu qu'il avait été condamné pénalement et que sa famille dépendait de l'aide sociale, ce qui constituait un motif d'expulsion. La Cour européenne n'a pas partagé ce point de vue et a condamné la Suisse pour violation de l'art. 8 CEDH».

III. Lorsque les parents ne sont pas d'accord avec la garde alternée

Je passe maintenant au cas où les parents ne partagent pas le même avis au sujet de la garde alternée: un parent la favorise, l'autre la refuse. Le juge ou l'autorité de protection de l'enfant peut-il imposer la garde alternée au parent qui s'oppose à cette solution? À ce propos, je cite l'arrêt 5A_46/2015 du 26 mai 2015 cons. 4.4.5: «Contrairement à ce qui prévalait précédemment, l'attribution de l'autorité parentale conjointe aux parents divorcés (art. 133 CC) ou non mariés (art. 298a CC) est désormais la règle (Hausheer/Geiser/ Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5e éd. Berne 2014, n° 10.135 p. 188), sans qu'un accord des parents sur ce point ne soit nécessaire. L'art. 301a al. 1 CC dispose en outre que l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Ainsi, bien que l'autorité parentale conjointe n'implique pas nécessairement une garde conjointe ou alternée, le juge doit néanmoins examiner dans quelle mesure l'instauration d'un tel mode de garde est possible et conforme au bien de l'enfant. Le seul fait que l'un des parents s'oppose à un tel mode de garde et l'absence de collaboration entre les parents qui peut en être déduite ne suffit ainsi pas pour l'exclure (Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, op. cit., n° 10.137 p. 188; Martin Widrig, Alternierende Obhut - Leitprinzip des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht, in: PJA 2013 p. 910; Sünderhauf/Widrig, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut - Eine

¹⁰ Voir les arrêts 2C_716/2014 du 26 novembre 2015 et 2C_547/2014 du 5 janvier 2015.

¹¹ Sur l'impact de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme: Cottier, M. et Wyttenbach, J. (2016). Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts. *FamPra.ch - die Praxis des Familienrechts*(1), 75-110.

entwicklungspsychologische und grundrechtliche Würdigung, in: PJA 2014 p. 899; Gloor/Schweighauser, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge: eine Würdigung aus praktischer Sicht, in: FamPra.ch 2014 p. 10). Le juge doit cependant examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est compatible avec le bien de l'enfant, ce qui dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, telles que l'âge de l'enfant, la proximité des logements parentaux entre eux et avec l'école (arrêt 5A_345/2014 du 4 août 2014 consid. 3 et 4.3). Dans le cadre de cet examen, le juge peut donc également tenir compte de l'absence de capacité des parents à collaborer entre eux. À cet égard, bien que la seule existence et persistance de l'opposition d'un parent ne suffise pas en soi à faire échouer l'application de la garde alternée, l'absence de consentement de l'un des parents laisse toutefois présager que ceux-ci auront du mal à trouver un accord sur des questions importantes concernant leur enfant et rencontreront des difficultés futures dans la collaboration entre eux (arrêt 5A_866/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.3). Le juge peut ainsi tenir compte de cet élément, parmi d'autres, dans son appréciation, en particulier lorsque la relation entre les parents est particulièrement conflictuelle. Instaurer une garde alternée dans un tel contexte exposerait en effet l'enfant de manière récurrente au conflit parental, ce qui est manifestement contraire à son intérêt (cf. arrêt 5A_105/2014 du 6 juin 2014 consid. 4.3.2 se référant à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) rendu dans l'affaire n° 9929/12 du 27 mai 2014, Buchs contre Suisse, par. 70 ss)».

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a jamais imposé la garde alternée à un parent réticent. Cela est naturellement un peu frustrant pour les pères qui ont espéré qu'avec l'autorité parentale conjointe, leur chance de participer effectivement à la vie quotidienne de leurs enfants augmenterait. En effet, dans la pratique presque tout dépend de la bonne volonté des mères: Si elles ne sont pas d'accord avec la garde alternée, les autorités et les juges leur donnent raison. Les cas où la garde exclusive est finalement attribuée aux pères existent¹², mais sont rarissimes.

IV. Lorsque les parents ne sont plus d'accord avec la garde alternée

En pratique, les cas les plus délicats ne sont pas ceux des parents qui ne s'entendent pas au sujet de la garde alternée, mais ceux des parents qui changent d'avis après coup. Prenons le cas du père qui est d'accord avec la garde alternée au moment du divorce, mais qui, plus tard, change son opinion. Peut-il demander de modifier le jugement initial en attribuant la garde exclusive à lui ou à la mère? La loi ne s'exprime pas clairement sur cette question ni du point de vue procédural ni du point de vue matériel.

Tout d'abord: qui doit prendre la décision? Le juge du divorce ou l'autorité de protection de l'enfant? Si l'on prend la loi à la lettre, l'intervention du juge est nécessaire

¹² Voir par exemple les arrêts 5A_972/2013 du 23 juin 2014 et 5A_781/2015 du 14 mars 2016.

en cas de modification de l'autorité parentale, de la garde ou de la contribution d'entretien. Dans les autres cas, c'est l'autorité de protection de l'enfant qui est compétente (art. 134 al. 4 CC). Tout dépend donc de ce que l'on entend par «garde». Si on l'identifie - comme je le propose - avec la «garde de fait» ou la «prise en charge» (en allemand «Betreuungsanteile»), on conclut à la compétence du juge. L'autorité de protection de l'enfant n'est alors compétente que lorsque les parents sont d'accord avec la modification de la garde alternée ou lorsqu'il s'agit de parents non mariés (art. 298c CC).

Reste l'aspect matériel du problème: sur quelle base le juge prend-il sa décision? Selon l'art. 134 al. 1 CC, le juge modifie l'attribution de l'autorité parentale lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant. La garde n'est pas mentionnée. Est-ce que cela veut dire que la garde ne peut jamais être revue, exception faite d'une éventuelle modification de l'autorité parentale? Je ne pense pas que cette interprétation de la loi soit correcte. Une solution plus souple s'impose: tout parent ayant des raisons sérieuses doit pouvoir demander une modification du régime de la garde. Je renvoie à l'arrêt 5A_781/2015 du 14 mars 2016 (consid. 3). Le juge doit donc peser les intérêts en cause, ceux des parents et ceux de l'enfant, comme il le fait lorsqu'il se prononce pour la première fois sur la garde. La situation est différente selon que l'enfant souffre de la garde alternée ou qu'un parent veut mettre fin à ce régime pour la seule raison qu'il en a marre.

Selon moi, une telle pesée des intérêts en jeu est aussi nécessaire lorsqu'un parent souhaite déménager, par exemple parce qu'il ne trouve plus d'emploi ou d'appartement là où il habitait jusqu'à présent, ou parce qu'il veut vivre avec un nouveau partenaire. Certes, la liberté d'établissement est une valeur très importante de notre ordre juridique (art. 24 de la Constitution fédérale), de sorte que chaque parent est juridiquement libre de déménager (art. 301a CC). Mais, d'autre part, une modification du régime de la garde n'est pas toujours admissible, compte tenu des intérêts tout aussi importants de l'enfant et de l'autre parent. La garde alternée peut donc devenir un obstacle de fait pour le parent qui veut déménager.

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a dû trancher qu'une seule fois cette question délicate. En l'absence d'un consensus entre les juges, la décision a été prise en séance publique. Je parle de l'arrêt 5A_641/2015 du 3 mars 2016. Le cas se résume brièvement comme suit: lors du divorce en 2013, les parents consentaient à la garde alternée de leurs deux enfants, aujourd'hui de neuf et dix ans. Deux ans après, la mère voulait déménager et scolariser les enfants à son nouveau domicile, en modifiant les modalités de la garde alternée. Elle faisait valoir que le nouveau domicile était plus près du lieu de travail de son nouveau partenaire. Les deux instances cantonales lui ont donné raison, et le Tribunal fédéral a rejeté le recours du père.

Plusieurs raisons rendent difficile l'interprétation de cet arrêt: en premier lieu, le Tribunal fédéral n'avait ni dû ni pu examiner librement la décision attaquée, vu qu'il

s'agissait d'une mesure provisionnelle. Dans un tel cas, le père ne pouvait en effet faire valoir qu'une violation de ses droits constitutionnels, à savoir l'arbitraire (art. 98 de la loi sur le Tribunal fédéral [LTF] en relation avec l'art. 9 de la Constitution fédérale). En deuxième lieu, il ne s'agissait pas de la suppression pure et simple d'une garde alternée, mais de son adaptation à des circonstances nouvelles. Pour le moment au moins, la situation changeait peu pour le père puisqu'il continuait à voir ses enfants autant qu'avant. En troisième lieu, au moment de la décision, les enfants vivaient depuis plusieurs mois au nouvel endroit où ils fréquentaient aussi l'école. Il n'était donc guère concevable de rétablir le *status quo ante*. Cela dit, je n'exclus pas que le Tribunal fédéral aurait décidé autrement si la mère avait attendu notre décision avant de déménager.

V. Conclusions

Jusqu'à présent, j'ai beaucoup parlé des intérêts des parents sans me demander ce que pense le protagoniste principal, c'est-à-dire l'enfant. Tout d'abord, pour connaître son opinion, il faut l'entendre, ce que prévoient les art. 298 al. 1 CPC et 314a CC: les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou par un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. Pour le Tribunal fédéral il faut entendre l'enfant en règle générale à partir de six ans révolus¹³, tout en sachant qu'à cet âge l'enfant ne peut pas se rendre compte des conséquences exactes de la garde alternée. La capacité de discernement (art. 16 CC) n'est donc pas une condition pour entendre l'enfant.

Entendre l'enfant ne signifie d'ailleurs pas que le juge doit suivre l'avis de l'enfant. Ainsi, le juge peut renoncer à la garde alternée même si l'enfant favorise cette solution, comme il peut imposer la garde alternée à un enfant qui s'y oppose. L'enfant n'a pas le droit de décider ni où ni avec qui il veut vivre. Il faut quand même être réaliste: l'expérience avec le droit de visite¹⁴ montre en effet qu'il est pratiquement exclu d'imposer un régime de garde à un enfant de plus de 14 à 16 ans.

Arrivé à la fin de mon intervention, je me permets les remarques suivantes. En théorie, il est très simple de souligner que le bien de l'enfant est important et de citer solennellement à ce propos l'art. 3 al. 1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107), selon lequel «l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale» chaque fois qu'un juge ou une autorité doit décider. Tout autre chose est de concrétiser ce principe quand il entre en conflit avec les ambitions des parents. Si en cas de garde alternée le conflit devient virulent, est-ce dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'imposer la garde alternée à un parent qui s'y oppose, soit parce qu'il veut la garde exclusive, soit parce qu'il ne veut pas du tout s'occuper de l'enfant? C'est la question clé à laquelle il faut donner une réponse.

¹³ Voir arrêt 5A_821/2013 du 16 juin 2014 consid. 4.

¹⁴ Voir l'arrêt 5A_528/2015 du 21 janvier 2016.

Et les juges? Il me semble que les juges favorisent les solutions qu'ils considèrent «praticables» se basant sur leur propre expérience. En cas de conflit entre les parents, il semble beaucoup plus facile d'attribuer la garde à un seul parent et de faire payer l'autre que d'organiser une garde alternée qui fonctionne. Changer la loi est une chose, changer les mentalités en est une autre. Pour changer une loi, dix ans suffisent. Pour changer les mentalités, il faut des décennies! Les juges n'y font pas exception.

La résidence alternée: Un droit des parents subordonné à l'intérêt de l'enfant

Marc JUSTON

Président de Tribunal honoraire, France

Introduction

La loi du 4 mars 2002 a instauré des mesures propres à permettre réellement aux deux parents, en cas de séparation, de participer à l'éducation de leur enfant.

L'article 373-2-9 du code civil admet la possibilité de fixer la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents. Le juge aux affaires familiales peut aussi, à la demande de l'un des parents, ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, ordonner la résidence alternée, à titre provisoire pour une durée déterminée. Au-delà de la période probatoire, le juge aux affaires familiales statue définitivement sur la résidence de l'enfant, en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

En faisant entrer la résidence alternée dans le code civil, le législateur a voulu:

- favoriser un partage moins inégalitaire du temps passé par l'enfant auprès de chacun de ses parents,
- et en finir avec des formules standard qui figeaient de manière sûre l'inégalité des rôles, réservant au père le classique «une fin de semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires», et laissant à la mère la lourde charge de toute la semaine.

En légalisant la résidence alternée, le législateur n'a pas voulu remplacer un standard par un autre. La résidence alternée n'est pas "la garde" d'un enfant une semaine sur deux. Elle consiste en un partage pas forcément paritaire de l'hébergement de l'enfant.

Le législateur n'a toutefois pas précisé les conditions dans lesquelles une résidence alternée peut et doit être envisagée.

Le juge aux affaires familiales et la résidence alternée

La pratique de la résidence alternée par un juge aux affaires familiales doit partir de deux idées simples:

- la résidence alternée doit permettre de sortir du schéma classique «une fin de semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires» pour le parent qui n'a pas la résidence de l'enfant et d'équilibrer le temps passé par l'enfant avec chacun de ses parents, et ce dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Quand les parties sont d'accord sur une résidence alternée, le juge aux affaires familiales peut l'ordonner, après avoir entendu les parents séparément sur ses modalités. Il est exceptionnel que le juge n'entérine pas leur accord. Toutefois, le juge aux affaires familiales doit toujours attirer leur attention sur le fait que la résidence alternée est prévue dans l'intérêt de l'enfant et non pas du leur, et qu'elle impose de leur part un dialogue réciproque constructif.

Quand une partie sollicite une résidence alternée et que l'autre n'est pas d'accord, et que le juge aux affaires familiales se trouve manifestement en présence «d'un bon père, d'une bonne mère», le juge doit les entendre séparément afin de connaître:

- la manière dont étaient élevés les enfants pendant la vie commune,
- qui s'en occupait,
- qui les accompagnait à l'école ou pour les activités sportives ou ludiques,
- qui les aidait dans le travail scolaire,
- les horaires de travail de chacun et la manière dont chaque parent envisage la résidence alternée par rapport à l'enfant. L'audition de chaque partie de manière séparée est primordiale. Elle permet de faire des recoupements et d'avoir une idée utile sur la vie des enfants et de chacun des parents, mais aussi de la conception que chacun d'eux peut avoir de la résidence en alternance.

Pour sa prise de décision, le juge aux affaires familiales doit partir du principe qu'il n'est pas normal qu'un père qui a créé une relation positive avec ses enfants, en soit privé, alors qu'il est prêt à s'en occuper, et ce parce qu'il ne s'entend plus avec la mère. Il n'est pas normal, surtout, d'en priver l'enfant.

Sauf s'il y a contre-indication manifeste pour l'enfant, le juge aux affaires familiales a la possibilité d'ordonner une résidence alternée pour une période provisoire. Et parallèlement, il est opportun, soit d'ordonner une mesure de médiation familiale si les parties sont d'accord, soit d'enjoindre les parents à rencontrer un médiateur familial pour engager un processus de médiation familiale.

Un certain nombre de mères qui se voient imposer une résidence alternée, vivent ce type de décision très difficilement.

Mais cette souffrance passée, les mères, très souvent conseillées par leur avocat, acceptent la plupart du temps d'entrer dans le processus de médiation. Et l'expérience démontre que la résidence alternée, que l'on peut appeler au «forceps», accompagnée d'une mesure de médiation familiale, est celle qui, en règle générale, va se dérouler le mieux. Les parties en médiation familiale sont obligées de se questionner. A la limite, les parents qui travaillent en médiation, se posent très souvent plus de questions que des parents qui vivent ensemble. Et les parents, après avoir

évacué et vidé l'abcès du conjugal, sont capables, pour la plupart d'entre eux, d'aborder en bonne intelligence le parental et de ne réfléchir qu'à l'intérêt de l'enfant.

Après la médiation familiale, soit les parents sont en capacité de trouver un accord sur les modalités d'organisation de la vie de l'enfant, qui peut, bien entendu, être un autre mode de fonctionnement que la résidence alternée; soit ils ne sont pas d'accord entre eux et il appartient au juge aux affaires familiales de dire, si dans l'intérêt de l'enfant, il est opportun de maintenir la résidence alternée ou de rechercher un autre mode de résidence.

Les avantages de la résidence alternée

La résidence alternée est le principal facteur de la co-parentalité en cas de séparation. Elle doit être conçue comme un moyen de maintenir et renforcer la co-parentalité, de respecter le droit de chacun des parents à élever son enfant, et de permettre que l'éducation ne soit pas le monopole d'un des deux parents.

La résidence alternée a manifestement un effet libérateur et formateur de l'idée d'égalité parentale dans l'éducation des enfants. La résidence alternée a transformé le regard des pères et des mères sur leurs droits par rapport à l'enfant en cas de séparation. Elle s'inscrit aussi dans la logique de la parité père-mère par la redistribution des rôles, le rééquilibrage des responsabilités entre les hommes et les femmes, et ce au bénéfice de toute la situation familiale, et notamment des enfants.

N'est-il pas préférable pour l'équilibre de l'enfant de pouvoir continuer à être élevé par ses deux parents, et d'avoir avec eux des relations équilibrées? Et ce, bien entendu, tout en lui permettant de fréquenter une seule école, de poursuivre l'ensemble de ses activités sportives et culturelles, et de continuer à fréquenter ses amis et ses copains.

L'enfant a un droit à la co-parentalité, les parents doivent faire en sorte que celle-ci soit effective. Il importe avant tout, de permettre à l'enfant de bénéficier de l'éducation, des repères et des sécurités nécessaires à son développement et à la conquête progressive de son autonomie.

L'inscription dans la loi de la résidence alternée a eu pour la plupart des parents une vertu pédagogique, en ce sens que les parents comprennent qu'il est nécessaire, pour le seul intérêt de l'enfant, qu'il conserve un lien fort avec chacun de ses parents. Les esprits semblent avoir beaucoup évolué sur ce point.

Conclusion

La résidence alternée ne doit toutefois pas être un dogme à atteindre dans chaque situation de séparation familiale. Ce qui doit importer, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il est important aussi que la loi donne la possibilité aux parents de pratiquer du «sur mesure» et non pas du «prêt à porter». Chaque enfant doit être considéré comme un enfant particulier, comme un enfant unique.

À partir d'une loi qui place sur un plan d'égalité le père et la mère, il est essentiel que les parents responsables partent de l'intérêt de l'enfant, du seul intérêt de l'enfant, et non pas de leur intérêt, non pas de l'intérêt des parents, et bâtissent une vie pour l'enfant, une vie appropriée, propre à l'enfant, une vie qui tient compte des besoins de l'enfant, de ses aspirations, de son développement et de sa personnalité.

Le divorce, la séparation, ne signifient pas la dissolution de la famille, mais plutôt sa réorganisation, sa recomposition. L'intérêt de l'enfant doit être le seul fil conducteur.

Le couple n'est certes plus mari et femme, mais demeure père et mère. Les conjoints se quittent. Ils restent néanmoins des parents; et pour qu'il y ait une résidence alternée positive, il est nécessaire qu'il y ait apposition des parents à l'enfant, et non pas une opposition entre les parents. Ils continuent à être des parents à deux, c'est la co-parentalité.

Et, très souvent, la médiation familiale a pour but d'accompagner cette réorganisation familiale. Juger d'une demande de résidence alternée n'est en effet pas chose facile dans le cadre d'un contentieux familial. Le juge aux affaires familiales est en permanence avec son balancier, en présence d'une double problématique:

- comment faire de l'égalité formelle entre le père et la mère, une égalité réelle, comment mettre en place l'exercice concret de la co-parentalité, comment mettre en place la résidence alternée?

et

- comment concilier les droits et devoirs de chacun des parents, avec l'intérêt supérieur de l'enfant?

C'est le difficile challenge de la justice familiale et du juge aux affaires familiales, qui doit appliquer la règle de droit avec humanisme, et qui doit toujours essayer de comprendre l'intérêt de l'enfant avant de juger.

La résidence alternée chez les tout-petits: Besoins et capacités du jeune enfant

Francine CYR

Professeur associé, Département de psychologie, Université de Montréal

Malgré sa popularité croissante la résidence alternée suscite des inquiétudes et reste polémique en particulier lorsqu'il s'agit de jeunes enfants. Pour plusieurs, la résidence alternée (RA) représente une option de partage de temps de vie optimale, si elle est modulée en fonction des capacités et besoins du jeune enfant et des capacités et compétences des parents. Dans les pays où la présomption de résidence alternée (RA) est prescrite par la loi, cet arrangement peut être imposé parfois sans égard à l'âge de l'enfant et aux conditions. Au Québec, comme dans plusieurs pays, c'est la notion de «l'intérêt de l'enfant» qui constitue la pierre angulaire des décisions de garde. Or, malgré les repères énoncés par la Cour d'Appel (1998) pour juger de l'intérêt de l'enfant, cette notion peut varier selon le point de vue du juriste, du médecin, de l'expert et, de surcroît, diffère souvent pour un même enfant, selon que l'interprétation de ses besoins est faite par sa mère, son père ou un tiers. La jurisprudence québécoise récente révèle que la résidence alternée chez des enfants très jeunes est octroyée de plus en plus souvent sans égard aux conflits entre les parents et à leur capacité de communiquer (Tétrault, 2012). Cette tendance serait, selon Tétrault (2012), un moyen de garantir l'accès maximal et le plus égalitaire possible des deux parents à l'enfant. L'on peut toutefois s'interroger dans ce mode de partage du temps de garde, si le fait pour les parents d'avoir sa juste part de l'enfant est bien ce dont l'enfant lui-même a besoin. Quand on assiste au débat passionné livré par certains avocats au nom des pères ou des mères qu'ils représentent, les guerres idéologiques, politiques et financières qui sous-tendent ces luttes pour l'accès à l'enfant, on en vient à se demander les intérêts de qui sont servis dans le système de justice en droit de la famille. Mais ceci ouvre un autre débat/réflexion qui ne peut être traité ici.

Le droit à sa moitié de temps de l'enfant, quand cela est argumenté avec rigidité, laisse croire que pour certains, l'enfant est considéré comme un bien divisible du patrimoine familial. Notre proposition ici serait plutôt que l'enfant a des droits, le plus légitime étant d'avoir accès à ses deux parents avec lesquels il pourra établir un lien significatif et se construire psychiquement avec l'apport complémentaire de chacun, sans pour autant qu'un calcul mathématique rigide du partage de son temps de vie n'en soit une condition ou la garantie absolue.

Bref la garde de l'enfant, particulièrement en bas âge, ne répond pas à une prescription unique pour tous. Il s'agit d'une décision importante qui aura des conséquences à long terme sur son développement et qui exige une réflexion fouillée

prenant en compte une grande quantité de paramètres où chaque cas est un cas d'espèce. Nous avons soutenu déjà (Cyr, 2006; 2008; 2014) que pour faire un choix éclairé, la prudence dans l'interprétation de la recherche et un dialogue interdisciplinaire s'imposent. Nous avons procédé à un examen critique des recherches (2006; 2014) afin de dissuader les experts et les juges de prendre des décisions hâtives, empreintes de préjugés ou d'idéologies et non fondée sur des données empiriques rigoureuses. Cet exercice, auquel Gérard Poussin, de Grenoble, s'est également livré avec brio dans ce colloque, fait ressortir le fait que les positions d'engouement ou d'opposition féroce à la garde partagée ne sont pas suffisamment appuyées par les études empiriques (Kline Pruett et Santangelo, 1999 ; McIntosh, 2011). Nous ne possédons pas une science solide de la RA et de ses effets positifs ou négatifs (contrairement à ce qui est affirmé par certains). Il est essentiel de tenir compte des divers éléments suivants pour se faire une idée de sa pertinence ou pas, au cas par cas: la garde partagée est-elle choisie ou imposée par la Cour? Par le niveau de conflits entre les parents? A quel point l'enfant est-il triangulé, utilisé dans le conflit inter-parental? Quelle est l'atmosphère dans laquelle se déroulent les transitions d'un foyer à l'autre? Et enfin, un des éléments le plus déterminant à prendre en considération est la qualité du lien de l'enfant avec l'autre parent. L'effet protecteur d'une relation de qualité avec le parent n'ayant pas l'hébergement principal constitue une source de protection pour l'adaptation de l'enfant dans des situations de haut conflit et cette situation ne devrait pas empêcher l'accès de l'enfant à ses deux parents (Sandlers et al., 2008).

Dans notre exercice de recension critique de la documentation sur le sujet, il ressort trop de données de recherche parcellaires, utilisées de façon partielle et ne reposant que sur un grand nombre d'études comportant de sérieuses limites méthodologiques. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne les recherches sur l'impact de la résidence alternée pratiquée avec les jeunes enfants. Généralement la mesure de référence utilisée est le nombre de nuitées que le bébé ou le jeune enfant passe chez son père. Force est de constater qu'on y voit beaucoup de fumée pour peu d'évidences.

Que dit la recherche sur l'attribution de la garde partagée avec les très jeunes enfants? Divers constats se dégagent.

- 1) La résidence alternée a été appliquée à des enfants très jeunes, voire des nourrissons, sans égard aux connaissances sur le développement de l'enfant et aux conditions dans lesquelles cette garde s'exercera.
- 2) Le besoin d'un garde-fou et de prudence pour que des décisions éclairées et épurées des préjugés et de croyances puissent guider les juges.
- 3) Plusieurs professionnels (expert psycho-sociaux, avocats, psychologues, ainsi que les parents) arrivent à des conclusions hâtives, mal documentées qui font un usage erroné et abusif des recherches; des déclarations des pédopsychiatres et psychologues et qui affirment des liens de cause à effet

entre la résidence alternée et les troubles d'attachement et la psychopathologie, alors que l'ensemble des recherches existantes ne rapportent que des liens de nature corrélationnelle.

Afin d'éclairer notre réflexion sur la pertinence ou les dangers de la RA chez les nourrissons et les très jeunes enfants un détour par les connaissances sur le développement de l'enfant de sa naissance jusqu'à l'âge de 5-6 ans s'impose.

Points de repère sur le développement de l'enfant

- 1) La capacité des enfants à se séparer des figures d'attachement est reliée à leur âge, leur tempérament, leur développement cognitif, leur expérience sociale, et la présence de la fratrie.
- 2) Les nourrissons et jeunes bambins n'ont ni les capacités cognitives suffisantes ni une notion du temps suffisamment développé pour comprendre et gérer facilement les séparations.
- 3) Leur capacité à tolérer des séparations plus longues d'avec leurs figures d'attachement augmente avec l'âge.

Les tableaux qui suivent sur le développement du nourrisson et du jeune enfant ainsi que les résultats de recherche rapportés devraient permettre de trouver des repères pouvant éclairer les décisions de garde et d'accès. Ils mettent en lumière ce dont l'enfant est capable généralement et les besoins auxquels il faut être attentifs.

Développement de l'enfant 0 à 6 mois		
Développement cognitif	Développement socioaffectif	Attachement
<ul style="list-style-type: none"> • Début du stade sensorimoteur de Piaget: utilisation des cinq sens pour découvrir le monde qui l'entoure. • Reconnaît des personnes ou objets connus. Une quantité phénoménale de données a permis de révéler que les enfants arrivent à se former une représentation mentale des objets dès les premiers mois de la vie et qu'ils arrivent à reconnaître l'identité des objets d'abord grâce à des indices spatio-temporels vers l'âge de 6 mois puis grâce aux attributs perceptifs quelques mois plus tard. • Imité des comportements familiaux (par ex: expressions faciales). 	<ul style="list-style-type: none"> • Exprime ses besoins par des cris et des pleurs. • Apparition du sourire social entre 6 et 10 semaines. • Capacité limitée à réguler ses émotions par lui-même. • À partir de 4-5 mois, peut distinguer les émotions positives et négatives dans la voix. 	<ul style="list-style-type: none"> • Répond différemment à quelqu'un de familier qu'à un étranger. • Début du développement du «sens of trust», c'est-à-dire savoir que quelqu'un répondra à nos besoins s'il le signale. • L'enfant ne va pas nécessairement protester s'il est éloigné de sa figure d'attachement.

Développement de l'enfant 6 mois à 1 an		
Développement cognitif	Développement socioaffectif	Attachement
<ul style="list-style-type: none"> • Comprend la relation de cause à effet (biberon = nourriture). • A des comportements orientés vers un but. • Début de la permanence de l'objet (comprendre qu'une chose continue à exister même si on ne la voit plus). • Une mémoire de reconnaissance est en place dès les premiers mois de la vie, mais ce type de mémoire devient plus robuste dans les mois qui suivent. La mémoire de rappel émerge vers le milieu de la première année mais sa durée et sa flexibilité s'améliorent avec l'âge (Poulin, Dubois, 1999) 	<ul style="list-style-type: none"> • A parfois peur des étrangers. • Décode les émotions des autres par les expressions dans leur visage. • Amélioration graduelle de la capacité à autoréguler ses émotions. 	<ul style="list-style-type: none"> • Commence à s'attacher à une personne en particulier. • Vers 6-7mois, l'attachement à la personne principale qui donne des soins et à diverses autres figures familiales est évident. • Début de l'anxiété de séparation lorsque l'enfant est séparé de cette personne. • Hiérarchie dans les relations mais attachements sélectifs simultanés à un petit nombre de personnes. • Recherche sa figure première même s'il est capable d'accepter des soins et du réconfort d'autres personnes.

De la naissance à 12 mois

- À 6 mois, les bébés distinguent clairement leur parent d'un autre adulte et peuvent devenir inquiets en présence d'un étranger. Les personnes qui prennent régulièrement soin d'un enfant reconnaissent leurs signaux de faim, de sommeil et d'inconfort. Lorsqu'éloignés de ces personnes, les tout-petits peuvent devenir anxieux et avoir des problèmes au plan du sommeil ou de l'alimentation.
- À ce jeune âge, il est important de maintenir les cycles de sommeil et d'alimentation de l'enfant. Les horaires devraient être ajustés afin qu'il y ait le moins de changement possible. Notamment, lorsque les parents tentent

d'établir un horaire de garde pour un enfant de ce groupe d'âge, ils devraient considérer les besoins spéciaux liés à **l'allaitement, les routines de sommeil et d'alimentation.**

- Les nourrissons apprennent à un rythme rapide.
- Ils apprennent à **aimer et à faire confiance aux adultes qui prennent soin d'eux.**
- Ils apprennent **aussi à s'attacher à leurs parents** ou à ceux qui, de façon constante et chaleureuse, les prennent, jouent avec eux, les consolent et répondent à leurs besoins rapidement.
- Ils commencent à **répondre au style parental différent** que les pères et les mères prodiguent.
- La mémoire des nourrissons est encore faible, il est donc important qu'ils aient des **contacts fréquents avec leurs deux parents**, en fonction d'un horaire et d'une routine prévisibles.
- Les nourrissons ont la capacité d'avoir en **mémoire des «souvenirs émotionnels» du conflit entre leurs parents**, ce qui peut avoir des conséquences négatives à plus long terme. Ainsi les parents devraient éviter de se quereller en présence des nouveau-nés.

Importance des contacts réguliers et activités de soins auprès du bébé

- Il est essentiel de favoriser des contacts fréquents entre le petit enfant et son père incluant des soins (bain, repas, jeux) pour qu'une relation de confort et de sécurité puisse se construire (Batchy et Kinoo, 2004).
- Les enfants ont besoin d'interactions régulières avec leurs deux parents pour développer et maintenir leur attachement (Lamb et al., 2000), condition nécessaire à un attachement réciproque (Ainsworth, 1989). Toutefois, les contacts avec le parent non-gardien ne doivent pas nuire à l'établissement de l'attachement avec l'autre parent (Sroufe, 1979, 2013).
- Si le père a une implication régulière dans les activités et les soins de base auprès de l'enfant, chacun des membres de la famille, y compris la mère, pourra alors **être en confiance par rapport à cette rythmicité** et l'enfant en bénéficiera.
- Lorsque la mère doute de la compétence parentale du père, qu'il y a présence de hauts niveaux de conflits entre les parents, cela est associé à une faible fréquence de visites des pères (Braver et al., 1993; Maccoby et Mnookin, 1992; Saini, 2014). Le *gatekeeping* (la surveillance et les comportements d'obstruction face aux contacts de l'enfant avec l'autre parent), le plus souvent observé chez les mères, est associé à un faible engagement du père et à de

l'insécurité chez l'enfant dans sa relation avec ce parent (Doherty et al, 1998; Pruett et al., 2004)

Développement de l'enfant 1 à 2 ans		
Développement cognitif	Développement socioaffectif	Attachement
<ul style="list-style-type: none"> • Permanence de l'objet. • Imite des actions simples. • Saisit le sens de «avant» et «après». • Début du jeu symbolique. • Il existe un consensus voulant que le très jeune enfant démontre des capacités mémorielles primitives dès les premiers mois de la vie (et même avant la naissance). À cette mémoire de reconnaissance s'ajoute une mémoire de rappel dès le milieu de la première année, qui se solidifie au cours de la deuxième année. • Une célèbre expérience (Baillargeon, Spelke et Wassermann, 1985; Baillargeon, 1987) montre que, dès 3 à 5 mois, des nourrissons possèdent parfaitement la permanence de l'objet. Elle remet en question l'âge d'acquisition de cette compétence que Jean Piaget situait à 2 ans. 	<ul style="list-style-type: none"> • A besoin de limites claires. • Développe sa confiance en lui-même. • L'apprentissage du langage permet d'améliorer l'identification et l'autorégulation des émotions. 	<ul style="list-style-type: none"> • Formation d'un lien réciproque. • Selon Bowlby (1980), l'expérience des deux premières années de vie sert de modèle de référence interne pour la disponibilité et la fiabilité des figures d'attachement. Cette référence servira de guide pour les futures relations de l'enfant. • Il n'a pas été démontré que le fait d'avoir plusieurs figures d'attachement diminue la force de l'attachement à la ou aux première(s) figure(s) d'attachement dans les deux premières années de vie.

Attachement et régularité des contacts

- Avant l'âge de deux ans, les jeunes enfants ont une compréhension limitée du temps (qui ne va pas bien au-delà du aujourd'hui et demain). Ils ne peuvent pas tolérer d'être séparés trop longtemps de leurs figures d'attachement.
- À partir de 24 mois, la majorité des enfants ne vivront plus d'expériences d'anxiété de séparation importantes, sauf pour ceux qui ont un attachement très insécuré ou qui vivent avec un parent ayant lui-même des difficultés de séparation.

De 12 à 24 mois

- Entre un et deux ans, les enfants deviennent plus conscients du monde qui les entoure et des gens qui sont fréquemment en contact avec eux.
- Un enfant de cet âge peut être attaché à plus d'une personne qui prend soin de lui, incluant ses grands-parents, son éducatrice en garderie ou d'autres amis ou membres de la famille qui sont régulièrement en contact avec lui.
- À cet âge, les enfants deviennent plus indépendants et développent des capacités d'autorégulation, par exemple en suçant leur pouce ou en serrant leur peluche ou leur couverture favorite. Leurs habitudes alimentaires et de sommeil deviennent plus régulières.
- À deux ans, les enfants **testent les limites parentales** («années terribles») et des réponses appropriées de la part des parents à cette phase contribuent aux bases de l'estime de soi de l'enfant pour les années à venir.
- **Les transitions entre deux maisons** peuvent être difficiles pour certains enfants de ce groupe d'âge. Ils peuvent devenir bouleversés à certains moments. Certains comportements de résistance lors des échanges sont normaux et ne sont pas nécessairement un signe que l'autre parent n'est pas un «bon» parent ou que l'enfant ne veut pas être avec l'autre parent.
- Les parents doivent minimiser autant que possible les difficultés lors des échanges en suivant des horaires prévisibles et en soutenant la relation de l'enfant avec l'autre parent.

Développement de l'enfant 2 à 3 ans		
Développement cognitif	Développement socioaffectif	Attachement
<ul style="list-style-type: none"> • Début du stade préopératoire de Piaget: l'enfant développe une représentation mentale du monde. • Stade caractérisé par l'égoïsme (par ex., l'enfant croit que son point de vue est aussi celui des autres). • 18-24 mois La permanence de l'objet (Piaget) est atteinte: compréhension des déplacements visibles et invisibles • et l'enfant possède des représentations mentales de plus en plus solides de l'objet. 	<ul style="list-style-type: none"> • Développement du concept de soi (attributs, habiletés, valeurs qui le définissent). • Fait parfois de grosses colères. • A du mal à attendre pour avoir ce qu'il veut. • Veut faire certaines choses seul (désire être autonome). • Peut éprouver certaines peurs (par ex: noir, monstres). • Commence à inclure d'autres enfants dans son jeu symbolique. • Émergence de la confiance en soi. 	<ul style="list-style-type: none"> • L'acquisition du langage permet à l'enfant de comprendre les facteurs qui peuvent prédire l'absence et le retour du parent. • Meilleure notion de l'espace et du temps. Notion du temps est mieux établie et repères concrets permettent une meilleure orientation et anticipation du départ et du retour du parent.

Enfants de 2-3 ans

- À partir de 2 ans, les enfants sont plus en mesure de composer avec les séparations de leurs figures d'attachement sans être en détresse (Ainsworth, 1989)
- Ils sont capables d'avoir une représentation mentale interne de cette figure d'attachement. Un lien d'attachement sain peut être maintenu en dépit des séparations (le consensus dans la littérature établit la marque autour de 2 ans, plus consolidé à 3 ans).

De 24 à 36 mois

- Entre deux et trois ans, les enfants apprennent à développer leurs **habiletés de façon indépendante**.
- Même si les enfants de cet âge apprennent à être indépendants, ils **peuvent toujours s'accrocher à un parent et résister aux séparations**. Ils peuvent être négatifs et dire «non» aux demandes de leurs parents, seulement pour exprimer leur indépendance et différenciation progressive.

- Ils peuvent aussi être craintifs des activités ou objets non familiers. Des **routines et horaires prévisibles et réguliers** aident les enfants à gérer leurs peurs et leur apprennent que le monde est un endroit sécurisé.
- **Tout comme à 1-2 ans, les transitions** entre les deux maisons peuvent devenir difficiles pour des enfants de cet âge et certains peuvent être bouleversés; ce comportement n'est pas nécessairement un signe que l'autre parent n'est pas un «bon» parent ou que l'enfant ne veut pas être avec l'autre parent. Les parents doivent s'assurer que les échanges se fassent sans que l'enfant puisse ressentir les tensions entre eux.

Développement de l'enfant 3 à 4 ans	
Développement cognitif	Développement socioaffectif
<ul style="list-style-type: none"> • Comprend les termes: aujourd'hui, hier, demain. • Peut catégoriser des objets selon leur fonction. • Distingue l'apparence de la réalité. 	<ul style="list-style-type: none"> • Peut comprendre les raisons d'un interdit. • Manifeste un intérêt particulier pour le parent du sexe opposé.
Développement de l'enfant 4 à 5 ans	
Développement cognitif	Développement socioaffectif
<ul style="list-style-type: none"> • Remplace des croyances imaginaires (par ex: magie, fées, etc.) avec des explications plausibles. • Notion du temps et de l'espace de mieux en mieux établie. 	<ul style="list-style-type: none"> • Jugement de soi. Se voit habituellement comme très vertueux, car difficulté à distinguer la compétence désirée avec la compétence réelle. • Peut comprendre la cause de différentes émotions de base. • Capacité d'empathie.

Enfants de 3 ans

- Les enfants deviennent capables de comprendre jusqu'à un certain point que leurs parents vont et viennent et ils peuvent prédire leur retour. À cette période, ils sont capables de passer des périodes plus longues avec l'un ou l'autre parent (résidence alternée).
- Vers 36 mois, ils ont acquis la constance émotionnelle de l'objet (Malher, Pine et Bergman, 1975) ayant une représentation stable du parent malgré son absence. Ce qui signifie que l'enfant a maintenant une représentation interne de chacun de ses parents et peut donc comprendre que leur absence ne signifie pas qu'il les a perdus pour toujours. Ils sont donc en mesure de passer des nuits chez l'autre parent sans que cela suscite détresse ou anxiété.

De 3 à 5 ans

- Les enfants de cet âge sont attachés aux personnes qui leur donnent le plus régulièrement des soins. Être séparé de ces personnes peut les rendre inconfortables et anxieux. Ils peuvent aussi être craintifs face à des activités ou objets non familiers ou exprimer des peurs comme celles des monstres ou du noir.
- Les enfants de 3 à 5 ans peuvent exprimer un inconfort plus élevé à se déplacer entre les maisons de leurs parents. Ils peuvent parfois être bouleversés; ce comportement n'est pas nécessairement un signe que l'autre parent n'est pas un «bon» parent ou que l'enfant ne veut pas être avec l'autre parent. Les parents peuvent rendre les transitions plus faciles pour l'enfant en respectant un horaire prévisible. Les petits de 3 à 5 ans peuvent aussi bénéficier de temps de jeu avec des enfants de leur âge. Cela les aide à développer leurs habiletés sociales et à apprendre qu'ils peuvent se sentir bien lorsqu'éloignés de leurs parents.
- **Les enfants de cet âge sont plus à risque d'être résistants face aux visites chez l'autre parent lorsque la relation entre les parents est tendue, hostile ou que les parents se disputent lors des échanges.** En cas de tension émotionnelle, l'enfant peut adopter un comportement difficile ou manifester sa détresse émotionnelle. Si les parents ne peuvent avoir une relation cordiale - ou du moins neutre - lors des échanges, ils devraient limiter la communication entre eux. Les parents doivent s'assurer de ne pas utiliser l'enfant comme messenger pour communiquer entre eux. Les enfants peuvent se sentir plus en sécurité s'ils amènent avec eux leur peluche préférée ou une photo ou un objet qui leur rappelle l'autre parent.
- Après 3 ans, les enfants deviennent plus conscients des événements de célébrations (fêtes, anniversaires). Pour éviter les disputes, les parents devraient prévoir dans leur plan parental un horaire pour les célébrations qu'ils désirent observer, qu'elles soient d'ordre culturel, religieux ou autre. Les parents devraient également y inclure les anniversaires, de même que la fête des mères et des pères.

Ces repères sur le développement de l'enfant devraient permettre d'éclairer les décisions de garde pour les jeunes enfants. Toutefois il faut se rappeler qu'un regard critique des recherches s'impose si l'on veut s'éloigner des positions idéologiques ou partisans qui ne servent pas le meilleur intérêt de l'enfant.

Réflexion critique sur l'utilisation sélective de la recherche

- **Sélectionner des résultats** de recherche (certaines études ou segments d'étude) qui soutiennent l'argument que l'on veut faire entendre en faveur ou défaveur de la résidence alternée, **supprimer ou ignorer** les résultats qui ne soutiennent pas le point de vue souhaité amène à tirer des conclusions

prématurément, sur des données incomplètes, **laissant de côté les données qui mettraient en évidence un biais** (distorsion, simplification des résultats, ou données rapportées hors contexte et omettant des éléments déterminants).

Dans l'ensemble des recherches disponibles on peut retracer divers courants.

Trois modèles théoriques et hypothèses dans les recherches

- **Le premier modèle** s'inscrit dans la tradition psychanalytique classique préconisant la primauté de la mère dans les années tendres, l'attachement du jeune enfant se construisant dans le berceau de la relation dyadique que le tiers séparateur, habituellement le père, viendra complexifier et transformer à la période œdipienne autour de l'âge de trois ans.
 - La plupart des études dans ce domaine reposent sur des données provenant uniquement de la mère.
- **Le second modèle** s'appuie sur les diverses recherches empiriques portant sur le développement de l'enfant qui décrivent l'apport unique et indispensable du père dans l'établissement d'un équilibre chez l'enfant.
 - Les tenants de ces deux modèles s'affrontent généralement dans le débat sur la garde partagée en bas âge en opposant leurs arguments respectifs à la faveur du père ou de la mère. La plupart des recherches se rattachent à ces deux premiers modèles
- **Le troisième modèle** adopte une approche systémique et met l'accent sur les comportements et la relation de l'enfant avec son père, sa mère et les autres personnes qui s'occupent de lui. Les données de recherche proviennent généralement tant des pères que des mères.
 - Cette perspective permet d'élargir le débat au-delà de la polémique qu'un genre (mère vs père) serait un meilleur parent pour sécuriser le très jeune enfant dans son développement.

Que disent ces études précisément?

Nuitées chez le père et attachement inséculaire 0-1an

- **3 des 4 études**, les plus citées, sur lesquelles se construit le débat pour ou contre la RA observent un lien entre les nuitées fréquentes (une nuit/semaine) entre (0-1an) chez le père et des difficultés (plus d'insécurité) chez l'enfant à l'âge de 3 ans. Attachement fragilisé. Ces différences disparaissent lorsque les caractéristiques parentales sont prises en compte. D'autres facteurs comme la qualité de la présence, disponibilité psychique (manque de chaleur du parent, les déficits dans la relation de coparentalité sont associés à des difficultés d'adaptation de l'enfant).

- La 4^{ème} étude: aucune différence significative dans le fonctionnement général n'est observée chez les enfants de moins de 3 ans qu'ils aient dormi ou pas chez leur père. Cette étude s'appuie sur les rapports des pères et des mères et pas uniquement sur les observations de la mère (Kline Pruett, Ebling et Insabella, 2004).

Couchers chez le père et résidence alternée chez les enfants entre 3- 5 ans

- De façon générale les études ne rapportent pas de problème d'adaptation significatif chez les enfants qui passent des nuits chez le père après l'âge de 3 ans. (McIntosh, 2011).
- Selon le rapport des deux parents, les enfants de 4 à 6 ans qui passaient certaines nuits chez leur père avec un horaire stable avaient un meilleur fonctionnement général que ceux qui ne dormaient pas chez lui (Kline Pruett, Ebling et Insabella, 2004).¹

Une méta-analyse sur la garde partagée révèle que:

Les enfants en garde partagée seraient mieux adaptés

- Les enfants en garde partagée (physique ou légale) ont un bien-être psychologique supérieur (Bauserman, 2002).
- L'adaptation des enfants en garde partagée se compare à celle de familles intactes (Bauserman, 2002; Cyr, DiStefano et Chagnon, 2011).
- Attention: la relation causale ne peut être établie entre l'adaptation de l'enfant et le type de garde en raison de la nature corrélacionnelle des recherches.

Les variables à considérer dans l'interprétation des résultats:

L'auto-sélection des familles en RA

- Mais attention! Les familles en garde partagée sont auto-sélectionnées. Les ex-conjoints ont **moins de conflits au moment de la séparation (éducation et revenus plus élevés)**, ce qui pourrait expliquer la meilleure adaptation des enfants en garde partagée (entre 30 et 50%). Le plus souvent cette forme de partage du temps est consensuelle.

¹ En France, le projet de loi Ménard- Martinez s'objecte à l'adoption de la présomption de garde partagée chez les jeunes enfants dans la loi française et proposent une progressivité inspirée du pédiatre Brazelton. Ils recommandent notamment d'introduire une nuit chez le père entre 1 et 3 ans, selon la capacité de l'enfant « à le supporter » (notre soulignement) et un week-end (2 nuits et un jour) entre 3 et 6 ans. Ces droits d'accès conservateurs ont été reconnus comme insuffisants par les chercheurs pionniers dans le domaine de la séparation parentale (Wallerstein et Kelly). Le projet de loi Ménard- Martinez demande aussi de proscrire ce mode de partage en cas de conflits et de manque de communication entre les parents ce que les données de recherche récentes n'appuient pas. La méta-analyse effectuée par Bauserman (2002) montre que le partage du temps parental entre la mère et le père peut être bénéfique, peu importe le niveau de conflit et l'étude de Sandler et al. (2008) a démontré qu'une bonne relation de l'enfant avec le parent n'ayant pas la garde principale constitue une variable protectrice en situation de conflit entre les parents.

- En général, les pères qui exercent une garde physique partagée ou qui maintiennent une fréquence élevée de contacts avec leur enfant, sont plus éduqués, meilleurs revenus, ont **des enfants plus âgés au moment de la séparation et ont une meilleure relation co-parentale et parent-enfant** (Bauserman, 2002; Cheadle et al., 2010).
- Par ailleurs, **les pères qui ont peu de contacts avec leurs enfants sont plus jeunes, plus souvent non mariés, leurs enfants sont plus jeunes au moment de la séparation, vivent loin de leurs enfants** (Cheadle et al.).

Diverses critiques faites envers les études du premier modèle

- **Le climat affectif lors des transitions.** Les mères des enfants avec un attachement désorganisé étaient **incapables d'apaiser leur enfant lors de la réunion** après une visite au père, parce que leur propre histoire relationnelle avec le père était trop présente dans leur esprit. La mère est alors désorganisée elle-même en présence du père de l'enfant (Solomon, 2011).
- Toutes les **informations recueillies le sont auprès de la mère** et donc nécessairement colorées par sa propre réalité.
- **Les enfants n'avaient pas établi un attachement à leur père avant que les nuitées chez lui soient instaurées** (père étranger).
- **Plusieurs enfants des familles séparées n'avaient jamais vécu avec leurs deux parents et n'avaient donc pas pu développer un lien d'attachement avec leur père, celui-ci étant en réalité un étranger pour ces jeunes enfants** (Lamb et Kelly, 2001).
- **Les liens observés entre les couchers chez le père et les types d'attachement sont de nature corrélationnelle ou co-varient sans pour autant que l'on puisse inférer une relation causale.**

Approche contextuelle (études du troisième modèle): Une analyse de la complexité

- Centrer le débat sur le **seul facteur de la garde** comme déterminant du bien-être de l'enfant relève d'une **vision réductionniste et linéaire** sur la question alors qu'un modèle multifactoriel, comme l'ont montré plusieurs recherches, explique mieux l'adaptation de l'enfant à la séparation de ses parents.
- Ce n'est pas tant le type de garde qui compte, mais les conditions dans lesquelles celle-ci s'exerce (Kline Pruett, 2011; Cashmore et al. (2011)).
- En mettant en avant une approche contextuelle qui tient compte des conditions spécifiques dans lesquelles s'exerce le partage du temps de vie de l'enfant entre ses deux parents, **on ajoute des nuances et de la complexité aux**

réponses simplistes, partisans et polémiques trop souvent retrouvées dans les deux premiers types d'études.

- Le contexte et les dynamiques familiales doivent être évalués au cas par cas, car plusieurs facteurs confondants ou variables intermédiaires affectent la sécurité et l'équilibre général de l'enfant au-delà du type de garde dans laquelle il évolue puisque aucun modèle de garde unique ne convient à tous.

Type de garde et adaptation de l'enfant: Facteurs associés. Qu'est-ce qui importe réellement?

- C'est la persistance des conflits entre les parents suite au divorce qui est le plus dommageable pour les enfants.
- Ce n'est pas le mode de garde en soi mais les attitudes et les comportements des parents qui perturbent le plus les enfants.
- L'anxiété ou la dépression d'un parent, l'agressivité d'un parent contre l'autre ou l'utilisation de l'enfant dans le conflit sont néfastes quelle que soit le type de garde (Luepnitz, 1986).
- L'équilibre émotionnel d'enfants très jeunes dépend largement de leur principale figure d'attachement (Kalter, 1990) et de sa santé psychologique.
- Une relation chaleureuse et affectueuse entre le parent et l'enfant, centrée sur les besoins de l'enfant, des attentes et un contrôle parental appropriés sont associés à une bonne adaptation de l'enfant (Johnston, 1995).

Le plus important pour l'enfant sont:

- L'équilibre psychologique du parent avec lequel l'enfant vit le plus souvent,
- La compétence parentale, la sensibilité parentale, l'empathie,
- La capacité du parent à respecter et reconnaître l'apport essentiel de l'autre parent dans la construction de l'enfant (si ce parent est adéquat et possède compétences parentales adéquates),
- La qualité de la relation du parent avec l'enfant, les conditions financières et le climat relationnel entre les parents (Kelly, 2012),
- La stabilité et la prévisibilité des arrangements de garde, mais aussi la souplesse et la communication entre les parents autour des besoins de l'enfant,
- La recherche montre que les bébés répondent de façon optimale lorsque les horaires sont prévisibles et lorsque les conduites parentales sont sensibles et adaptées à leur tempérament (Kline Pruett, k 2011).

Transitions entre les deux foyers

- Certains enfants ont un tempérament facile qui les prédispose à mieux gérer les transitions entre les deux résidences parentales, ce qui n'est pas le cas de tous les petits.
- Le rythme et le climat dans lequel se font les transitions sont de la plus haute importance.

Capacité de gérer les transitions

- Lorsque les conflits sont élevés entre les parents et la communication problématique, que la mère est anxieuse ou inquiète de la sécurité de l'enfant lors de son temps avec le père (veille maternelle) les couchers chez le père sont associés au bouleversement émotionnel et à la perte de contrôle chez les nourrissons et les tout-petits (Kline Pruett, 2011).
- Il est important d'assister les parents les plus conflictuels dans leur coparentalité (conseillers et éducateurs parentaux, des thérapeutes, des médiateurs (Emery, 1994, 1999; Kelly, 1991, 1994) et de soutenir et développer les compétences parentales.
- Il convient d'introduire progressivement les nuitées chez l'autre parent et de réévaluer périodiquement l'adéquation des dispositions de garde et d'accès et au besoin les modifier. Il faut tenir compte des capacités de l'enfant et de celles des parents à le respecter et à mettre en place des conditions matérielles et affectives adéquates en sa faveur.

Un équilibre entre la sécurité et l'exploration du monde: complémentarité des apports du père et de la mère

- Une méta-analyse comprenant une douzaine d'études (De Wolf et Van Ijzendoorn, 1997) a démontré que les enfants qui ont des parents sensibles à leurs signaux et qui savent répondre à leurs besoins ont un développement plus harmonieux.
- Ils montrent un équilibre entre l'exploration du monde dans des situations sécuritaires et recherchent la protection de leurs parents lorsqu'ils se sentent en danger ou incertains (De Wolf et van IJzendoorn, 1997, Paquet, 2013).
- L'apport spécifique, complémentaire et non interchangeable des deux parents dans le développement harmonieux de l'enfant est abondamment démontré dans la recherche.
- Ainsi, plutôt que d'opposer la notion d'attachement précoce du nourrisson à sa mère à l'importance de l'implication précoce du père dans la vie de l'enfant ne pourrions-nous pas les intégrer comme des perspectives complémentaires et compatibles au service du meilleur intérêt de l'enfant?

Voilà suffisamment d'éléments de réflexion et d'informations qui, nous l'espérons, pourront non seulement guider les juges qui rendent des décisions de garde pour les jeunes enfants mais qui apaiseront la polémique parfois féroce qui entoure cette importante question de qui devrait prendre soin des jeunes bébés et bambins après la séparation de leurs parents.

Références bibliographiques

Ainsworth, M.D.S. (1989). Attachment beyond infancy. *American Psychologist*, 44(4), 709-716.

Baillargeon, R. (1987). Object Permanence in 3.5 and 4.5 month-old Infants. *Developmental Psychology*, 23(5), 655- 664.

Baillargeon, R., Spelke, E.S. et Wassermann, S. (1985). Object Permanence in 5 months-old infants. *Cognition*, 20(3), 191-208.

Batchy, E. et Kinoo, P. (2004). Organisation de l'hébergement de l'enfant de parents séparés ou divorcés. *Thérapie familiale*, 25(1), 81-97.

Bauserman, R. (2002). Child adjustment in joint-custody versus sole custody arrangements: A meta-analytic review. *Journal of Family Psychology*, 16(1), 91-102.

Braver, S., Wolchik, S., Sandler, I. et Sheets Virgil L. (1993). A longitudinal study of noncustodial parents: Parents without children. *Journal of Family Psychology*, 7(1), 9-23.

Cashmore, J. et Parkinson, P. (2011) Parenting arrangements for young children: Messages from research. *Australian Journal of Family Law*, 25(3), 236-257.

Cyr, F. (2006). La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée? *Revue québécoise de psychologie*, 27(1), 79-114.

Cyr, F. (2008). Pour en finir avec la polémique autour de la garde physique partagée pour les enfants de moins de six ans. Introduction au débat. *Santé mentale au Québec*, 33(1), 185-190.

Cyr, F. (2008). Débat sur la garde partagée: réponse aux commentaires des participants. Pour une position plus nuancée. *Santé mentale au Québec*, 33(1), 235-251.

Cyr, F. (2014). Penser la complexité de la garde chez le nourrisson et l'enfant d'âge préscolaire. Dans K. Poitras, L. Migneault et D. Goubau (dir.), *L'enfant et le litige en matière de garde: Regards psychologiques et juridiques* (p. 7-39). Québec, Canada: Presses de l'Université du Québec.

Cyr, F., Di Stefano, G., Lavoie, E. et Chagnon, M. (2011). *Prévalence de la garde partagée chez les familles québécoises ayant un enfant né en 1997-1998: Profil*

sociodémographique et psychologique. Rapport de recherche basé sur les données de l'Étude longitudinale du développement des enfants du Québec (ÉLDEQ). Québec, Canada: Ministère de la Justice du Québec.

De Wolf, M.S. et Van Ijzendoorn, M.H. (1997). Sensitivity and attachment: A meta-analysis on parental antecedents of infant attachment. *Child Development*, 68(4), 571-591.

Emery, R.E. (1994). *Renegotiating Family Relationships*. New York, NY: Guilford.

Emery, R.E. (1999). *Marriage, divorce and children's adjustment* (Developmental Clinical Psychology and Psychiatry, 14). Thousand Oaks, CA: Sage.

Johnston, J. (1995). Children's adjustment in sole custody compared to joint custody, families and principles for custody decision-making. *Family and Conciliation Courts Review*, 33(4), 415-425.

Kalter, N. (1990). *Growing up with divorce: Helping your child avoid immediate and later emotional problems*. New York, NY: Collier Macmillan.

Kelly, J. (1991). Parent interaction after divorce: Comparison of mediated and adversarial divorce processes. *Behavioral Sciences and the Law*, 9(4), 387-398.

Kelly, J. B. (1994). The determination of child custody. *The Future of Children*, 4(1), 121-142.

Kelly, J. et Lamb, M. (2000). Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children. *Family et Conciliation Courts Review*, 38(3), 297-311.

Kelly, J.B. (2012). Risk and protective factors associated with child adolescent adjustment following separation and divorce. Dans K. Kuehnle et L. Drozd (dir.), *Parenting plan evaluations: Applied research for the family court* (p. 49-84). New York, NY: Oxford University Press.

Lamb, M.E. et Kelly, J.B. (2001). Using the empirical literature to guide the development of parenting plans for young children. *Family Court Review*, 39(4), 365-371.

Lamb, M., Bornstein, M. et Teti, D. (2000). *Development in infancy*. Mahway, NJ: Lawrence Erlbaum.

Luepnitz, D. (1986). A comparison of maternal and paternal and joint custody: Understanding the varieties of post-divorce family life. *Journal of divorce*, 9(3), 1-12.

Maccoby, E. et Mnookin, R. (1992). *Dividing the child. Social and legal dilemmas of custody*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Mahler, M., Pine, F. et Bergman, A. (1975). *The psychological birth of the human infant. Symbiosis and individuation*. New York, NY: Basic Books.

Mcintosh, J.E. (2011). Guest editor's introduction to special issue on attachment theory, separation, and divorce: Forging coherent understandings for family law. *Family Court Review*, 49(3), 418-425.

Paquette, D. et Dumont, C. (2013). Is father child rough and tumble play associated with attachment or activation relationships? *Early Child Development and Care*, 183(6), 760-773.

Piaget, J. (1936). *La naissance de l'intelligence chez l'enfant*. Neuchâtel, Suisse: Delachaux et Niestlé.

Kline Pruett, M. et Santangelo, C. (1999). Joint custody and empirical knowledge: The estranged bedfellows of divorce. Dans R.M. Galatzer-Levy et L. Kraus (dir.), *The Scientific Basis of Child Custody Decisions* (p. 389-424). New-York, NY: Wiley.

Kline Pruett, M., Ebling, R. et Insabella, G. (2004). Critical aspects of parenting plans for young children: interjecting data into the debate about overnights. *Family Court Review*, 42(1), 39-59.

Kline Pruett, M., Cowan, C.P., Cowan, P.A. et Diamond, J.S. (2012). Supporting father involvement in the context of separation and divorce. Dans K. Kuehnle et L. Drozd (dir.), *Parenting plan evaluations: applied research for the family court* (p. 123-151). New York, NY: Oxford University Press.

Sandler, I., Miles, J., Cookston, J. et Braver, S. (2008). Effects of father and mother parenting on children's mental health in high-and-low-conflict divorces. *Family Court Review*, 46(2), 282-296.

Solomon, G. (2011). Divorce in the Nursery: On Infants and Overnight Care. *Family Court Review*, 49(3), 521-528.

Sroufe, L. A. (1979). The coherence of individual development: Daily care, attachment, and subsequent development issues. *American Psychologist*, 34(10), 834-841.

Sroufe, L.A. (2013). The promise of developmental psychopathology: Past and present. *Development and Psychopathology*, 25(4.2), 1215-1224.

Tétrault, M. (2012). La jurisprudence marquante 2011-2012. Dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial 2012, volume 355*. Cowansville, Canada: Yvon Blais.

Begünstigt die Mediation das Modell „alternierende Obhut“? Internationale Erfahrungen

Christine MEIER REY

Mediatorin und Familiencoach, Zürich, Schweiz

Einleitung

Forschungsergebnisse zeigen erfreuliche Ergebnisse zum Familienmodell der alternativen Obhut (vgl. Sünderhauf 2013): Kinder sind mit der Betreuung und dem Kontakt zu beiden Eltern sehr zufrieden. Es entstehen engere emotionale Bindungen der Kinder an beide Eltern. Die Zufriedenheit der Eltern steigt, durch die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familienleben, durch die freie Zeit für ein Privatleben. Die Kinder profitieren direkt von der grösseren Zufriedenheit der Eltern.

Wichtig ist, dass diese positiven Forschungsergebnisse publik gemacht werden, damit Eltern sich im Rahmen von Trennung und Scheidung mit diesem Familienmodell befassen. Die Mediation bietet ein ausgezeichnetes Transportmittel dazu. Einerseits kann in der Mediation über die alternative Obhut informiert werden und andererseits kann die Mediation die Ausgestaltung der alternativen Obhut unterstützen. Ziel bleibt immer, das Kindeswohl ins Zentrum zu stellen.

Information zu alternierender Obhut

Auf der Grundlage der geteilten elterlichen Sorge kann die alternierende Obhut als Erweiterung erfahren werden, die Elternschaft nach Trennung und Scheidung gemeinsam fortzuführen. Voraussetzung für alternierende Obhut bildet die räumliche Nähe beider Eltern, damit Kinder von beiden Zuhause aus die KITA, den Kindergarten, die Schule besuchen können. Zudem muss die Bereitschaft der Kinder, das Zuhause zu wechseln vorhanden sein. Die Arbeitszeiten der Eltern müssen betreuungskompatibel sein.

Wichtig für Eltern ist, positive Effekte des Modells kennen zu lernen. Verschiedene Ressourcen, die alternative Obhut mit sich bringen, werden den Eltern kommuniziert:

Kinder verbringen ausreichend Zeit mit beiden Elternteilen. Daraus ergeben sich engere emotionale Bindungen an beide Eltern.

Die Eltern teilen sich die Verantwortung für die Kinder. Es entsteht eine ausgeglichene Belastungssituation bei den Eltern. Ökonomisch werden die Kinder von beiden Eltern unterstützt. Bei früheren konfliktiven Elternbeziehungen ergibt sich oft eine Deeskalation.

Weiter können Vorurteile widerlegt werden. So besteht keine empirische Evidenz, dass der Wechsel zwischen Elternhäusern für Kinder belastend ist. Kinder fühlen sich bei beiden Eltern zuhause. Die alternative Obhut kann auch bei konfliktiven Elternkonstellationen gelebt werden. Die gemeinsam getragene Verantwortung wirkt deeskalierend. Es gibt keine Gewinner-Verlierer Situation.

Eltern können bei der Umsetzung der alternierenden Obhut Hilfe in Anspruch nehmen, sie werden in diesem Prozess begleitet.

Unterstützung bei der Umsetzung der alternierenden Obhut

Ziehen die Eltern die alternierende Obhut als Familienmodell in Betracht, werden die Umsetzungsmassnahmen geprüft. Zuerst geht es um die Klärung des Betreuungsmodells. Ein Betreuungsplan hilft, die Betreuung für alle Beteiligten transparent festzulegen. Verbindliche Abmachungen über den Anteil Kinderbetreuung geben Sicherheit und Verlässlichkeit für die Kinder und die Eltern. Auch die Wohnform steht zur Diskussion. Leben die Kinder im Zuhause beider Eltern oder wird das Nestmodell gewählt, in dem die Kinder einen Lebensmittelpunkt haben und die Eltern ihren Anteil an Betreuung im Zuhause der Kinder leisten? Weiter werden die Modi der Absprachen geregelt. Treffen sich die Eltern regelmässig zum Austausch oder kommunizieren sie telefonisch oder per e-mail?

Sinnvoll ist es, dass die Eltern eine Probezeit vereinbaren in der die alternierende Obhut gelebt wird. Daraufhin werden Erfahrungen ausgewertet und Anpassungen vorgenommen. Mit Unterstützung der Mediation kann der gesamte Prozess der Umsetzung der alternierenden Obhut durch eine neutrale Fachperson professionell begleitet werden.

Das Kindeswohl bei alternierender Obhut

Forschungsergebnisse zeigen, dass es Kindern getrennt lebender Eltern die in alternierenden Obhut aufwachsen in der Regel signifikant besser geht als solchen die nur bei einem Elternteil leben (vgl. Kruk 2012; Widrig 2014). Kinder entwickeln stärkere emotionale Kind-Eltern-Beziehungen im Rahmen von alternierender Obhut als in intakten Familien. Kinder erleben beide Eltern im Alltag und am Wochenende. Kinder zeigen sich zufrieden mit der Familiensituation, wenn sie in alternierender Obhut leben.

In den meisten Fällen von Trennung und Scheidung ist das Kindeswohl am besten gewährleistet, wenn beide Eltern aktiv und verantwortungsvoll eingebunden sind in das Leben ihrer Kinder und wenn soziale Institutionen Eltern darin unterstützen, ihre elterliche Verantwortung wahrzunehmen. Dies wird im Modell der alternierenden Obhut angestrebt und durch Mediation unterstützt.

Praxiserfahrungen

Meine Praxiserfahrungen als Mediatorin zeigen, dass Eltern detaillierte Informationen zum Modell der alternierenden Obhut schätzen. Ausführungen zu Forschungsergebnissen und Praxiserfahrungen von anderen Familien ermutigen Eltern, dieses Modell genauer zu prüfen. Bspw. wirkt die Information, dass es keine paritätische Zeitverteilung der Betreuung der Kinder braucht, entlastend. Auch bei einer Betreuungszeitverteilung von 30 zu 70% kann die alternierende Obhut gelebt werden. Die Möglichkeit der Vereinbarung einer Probezeit, um das Modell der alternierenden Obhut zu testen, begünstigt das Interesse für dieses Modell. Als hilfreich erfahren die Eltern zudem gemeinsam erarbeitete praxistaugliche Betreuungspläne und Regeln für die Alltagsgestaltung der alternierenden Obhut.

Schluss

Der Titel war in eine Frage verpackt: Begünstigt Mediation das Modell „alternierende Obhut“? Zum Schluss kann diese Frage eindeutig beantwortet werden: Mediation ist eine geeignete Methode, über alternierende Obhut umfassend zu **informieren**, deren Umsetzung **professionell** zu begleiten und die Eltern dabei zu unterstützen, neue Formen der Elternschaft zu leben. Wünschenswert ist, dass Eltern in Trennung und Scheidung auch von weiteren Fachleuten auf diese Form der Elternschaft hingewiesen werden.

Literatur

De Man, J.P. (2014, 16 novembre). *Paritätische Doppelresidenz und Kindeswohl: Ergebnisse der psychologischen Forschung und Schlussfolgerungen für die Praxis*. FamilienKongress, PPP Halle, Francfort, Allemagne.

Kruk, E. (2012). Co-Parenting after Divorce. A child-centered approach to parental separation. www.psychologytoday.com/blog/co-parenting-after-divorce/2012

Sünderhauf, H. (2013). *Wechselmodell: Psychologie-Recht-Praxis. Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung*. Wiesbaden, Allemagne: Springer VS.

Widrig, M. (2014). Alternierende Obhut. Neuerung nach der Botschaft des Bundesrates und Erläuterungen. www.gecobi.ch/dokumente/unterhalt/alternierendeObhut.pdf

La médiation favorise-t-elle la garde alternée?

Lorraine FILION

Médiatrice familiale, Québec, Canada

PRÉAMBULE

Le père et la mère sont deux piliers fondamentaux pour l'enfant. Ils lui apportent amour, attention, affection, éducation, protection ce qui favorise la construction de sa personnalité, sa socialisation et la création de liens.

Il faut se rappeler que lorsque survient la séparation des parents, ce projet n'est pas celui de l'enfant. Un divorce et une séparation peuvent déclencher des émotions négatives intenses chez l'enfant. Il peut ressentir de la tristesse, de la colère, de la culpabilité et de la confusion. L'enfant peut se demander entre autres ce qui adviendra de lui, de sa maison, ses parents, ses grands-parents, ses habitudes, son école ou sa garderie (crèche), ses amis. Les parents peuvent atténuer ces impacts négatifs de plusieurs façons, entre autres en étant sensibles aux besoins de leur enfant, en favorisant des contacts avec chaque parent et en maintenant une communication fonctionnelle entre eux.

La séparation peut être une opportunité pour chaque parent de jouer un rôle différent comme père et mère et permettre d'établir un plan de coparentalité qui prenne en compte les besoins de leur enfant et leurs compétences parentales. Malheureusement, il arrive, lorsque le conflit s'installe et perdure entre les deux parents, qu'il y ait un risque pour l'enfant de perte de lien avec l'un de ses parents, le plus souvent le père.

Pourtant garder le lien avec son père et sa mère, maintenir auprès de l'enfant une stabilité et un équilibre de vie, sont des objectifs importants, voire même cruciaux pour faciliter l'adaptation de l'enfant à cette rupture.

Il n'existe pas, au Québec et au Canada, de présomption légale de garde partagée. Lorsque la question de la garde d'un enfant est en litige devant les tribunaux, le seul critère applicable est celui de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les quelques analyses de la jurisprudence qui se sont penchées sur les décisions des tribunaux montrent que l'octroi d'une garde partagée est balisé par des critères précis (par exemple, les habiletés des deux parents à prendre soin de l'enfant, la proximité des résidences, la capacité des parents à communiquer).

Malgré cette absence de présomption ou d'incitatifs, le Québec dénombre le plus grand nombre de gardes partagées au Canada (20% en 2008, près de 40 % en 2016).

Nous traiterons au cours de cette conférence des points suivants:

- Les mythes présents au sujet de la garde partagée et des compétences des parents
- Les connaissances requises de la part du médiateur pour agir avec compétence
- Les conditions de réussite d'une garde partagée
- Les paroles d'enfants de parents séparés.

De plus nous relaterons notre expérience de médiatrice familiale en exercice depuis plus de 30 ans en référant à un cas de figure pour illustrer nos propos au sujet de la garde partagée.

1. LES MYTHES PRÉSENTS

La garde partagée est meilleure que toutes les autres modalités de garde

Au cours des dernières décennies, on a constaté au Québec, une faveur attribuée par les parents eux-mêmes, par les tribunaux et par certains professionnels à la garde partagée. Ceci peut s'expliquer de plusieurs façons notamment par l'intégration de plus en plus importante des femmes au marché du travail, les rapports de plus en plus égalitaires entre les hommes et les femmes, et le partage des responsabilités parentales pendant la vie commune, une prise de conscience de l'importance du rôle du père, la reconnaissance de l'importance des contacts réguliers et fréquents avec le parent non gardien, l'ouverture des juges à cette modalité de garde et leurs connaissances accrues en ce domaine, le nombre de plus en plus grand de recherches sur les modalités de garde et les besoins des enfants de parents séparés.

Dans plus de 80 % des cas, la modalité de garde fait suite à une entente entre les parents. Cette propension au règlement à l'amiable est favorisée au Québec par un accès à des heures gratuites de médiation familiale offertes par l'État depuis 1997, une popularité croissante des modes de gestion pacifique des conflits et de l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile au Québec le 1 janvier 2016. En effet, ce nouveau code qui constitue une vaste réforme, promeut les modes privés de prévention et de règlement des différends tels la médiation, l'arbitrage et les conférences de règlements à l'amiable, et incite les parties à y recourir avant même de s'adresser aux tribunaux.

Les études recensées entre les années 2000 et 2015 indiquent que ce n'est pas tant le mode de garde que de bonnes compétences parentales qui justifieraient les résultats positifs développementaux des enfants de parents séparés. Plusieurs chercheurs concluent que l'état de la recherche ne permet

pas de statuer sur les bienfaits, la nocivité ou les dangers potentiels de la garde partagée.

1.1 Les médiateurs ont un parti pris pour la garde partagée

La médiation et la garde partagée ont gagné en popularité au cours des dernières années, mais malheureusement on a associé ce mouvement à un parti pris des médiateurs en faveur de ce partage égalitaire du temps parental. Il existe peu de véritables recherches sur la pratique même de la médiation. On dispose cependant d'un grand nombre d'écrits sur le processus et l'exercice de la médiation, ainsi que les techniques et stratégies utilisés, rédigés par des médiateurs expérimentés.

On reproche aux médiateurs de promouvoir un modèle de famille: deux bons parents séparés qui sont capables de bien communiquer et qui partagent des valeurs communes. Il faut préciser que la médiation familiale n'a ni inventé ou forgé ces rapports de plus en plus égalitaires entre les hommes et les femmes, ni incité les pères à prendre davantage leur place auprès de leurs enfants.

Ces nouveaux modèles de couple et de famille qui ont pris racine dans la société contemporaine influent sur les décisions que les parents prendront en cours de médiation. Il en est de même des ententes négociées avec l'aide des avocats et des jugements rendus en matière familiale.

Toutefois nous avons constaté que des chercheurs et des médiateurs font valoir les mérites de la pratique de médiation en indiquant qu'elle permet d'obtenir plus facilement des ententes entre les conjoints, qu'elle facilite la transition des enfants entre les deux maisons, l'implication des deux parents, et une meilleure application des décisions judiciaires, puisque celles-ci ont été élaborées par les parents eux-mêmes. C'est à partir de l'analyse de ces discours et écrits que des professionnels ont conclu que la pratique de la médiation inclut et promeut constamment un modèle de famille «privatisée», négociatrice, ouverte, égalitaire et démocratique écrivait entre autres Bastard (2005).

Nous ne pensons pas que le bon médiateur, compétent et impartial puisse favoriser la garde partagée puisque son code de déontologie le proscrit. Les médiateurs se doivent donc d'être neutres, impartiaux et ne peuvent forcer aucun mode de garde.

1.2 Garde partagée = coparentalité= deux bons parents

La coparentalité est une manière de signifier que les parents sont «parents pour toujours» - quels que soient les avatars de la vie des couples. C'est aussi une façon de rappeler que les enfants ont deux parents sur lesquels ils doivent pouvoir compter sur tous les plans - affectif, social, éducationnel et économique.

La coparentalité renvoie au principe juridique de l'exercice conjoint de l'autorité parentale que les couples soient mariés ou en union de fait. L'idée selon laquelle il est dans l'intérêt de l'enfant d'être élevé par deux parents que l'enfant soit issu du mariage de ses parents ou d'une union libre a fait son chemin et tracé sa voie.

Une question controversée est le lien entre coparentalité et garde partagée. La garde partagée implique qu'un plan de coparentalité soit élaboré et mis en place. L'inverse n'implique pas a priori que les parents exercent une garde partagée.

Sur le terrain, les différents acteurs sociaux et juridiques véhiculent différentes conceptions de la garde partagée, ce qui ressort le plus souvent est cette longue litanie de préalables (critères) pour considérer des parents comme de bons ou mauvais candidats à appliquer ce mode de garde. On entendra par exemple certains dire qu'il faut absolument être capables de se parler, se respecter et avoir une conception commune de la façon dont seront éduqués les enfants communs.

N'est-ce pas exiger plus que ce dont sont capables deux conjoints qui habitent ensemble et ne songent pas au divorce? Nous croyons que le respect minimal des différences parentales est une première marche d'escalier à monter. Les parents peuvent rechercher l'aide d'un médiateur ou d'un thérapeute pour développer un bon plan de coparentalité et exercer ainsi une garde partagée.

1.3 La garde partagée est mauvaise pour les enfants de moins de 6 ans

Certains psychologues et chercheurs croient qu'avant l'âge de 2 ans, l'enfant n'a pas la maturité affective et cognitive pour bien vivre tous les allers-retours que suppose la garde partagée clame Francine Cyr, professeur à l'Université de Montréal. Pour l'affirmer, elle se base sur les connaissances les plus solides que l'on a de la psychologie du développement.

Voici en résumé les arguments évoqués:

- Les bébés mettent un certain temps à comprendre le principe de la permanence de l'objet, à réaliser que même si quelque chose ou quelqu'un n'est plus dans son champ de vision, il continue néanmoins d'exister.
- Le bébé a besoin d'un port d'attache principal, sa figure principale d'attachement, qui peut aussi bien être le père que la mère.
- Cela ne signifie pas pour autant que l'on doive proscrire les nuitées occasionnelles chez le parent qui n'a pas la garde.
- Il existe des études portant sur la garde partagée chez les tout-petits, mais elles sont souvent contradictoires et comportent d'importantes failles méthodologiques. Parfois, les échantillons sont trop petits. D'autres fois, seul le point de vue de la mère a été sollicité.

- Ces études sont pourtant citées régulièrement, devant les tribunaux ou ailleurs, où elles sont utilisées à des fins idéologiques ou partisans.
- Pour les moins de 2 ans, Francine Cyr croit qu'on doit se fier aux connaissances les plus solides dont on dispose sur le développement de l'enfant plutôt que sur les rares études plus ou moins fiables trop largement citées.
- Pour les enfants plus vieux, par contre, la question est mieux documentée et les résultats plus clairs.

D'autres professionnels proscrivent la garde partagée avant l'âge de 6 ans dont le Maurice Berger, psychiatre français. Il estime qu'il existe une véritable pathologie psychique due à la résidence alternée. S'il admet que la reconnaissance de la garde alternée par la loi française de 2002 est un progrès certain, il observe qu'elle est porteuse de risques importants pour le développement de l'enfant si certaines précautions ne sont pas respectées. Pour étayer sa position, Maurice Berger prend notamment appui son expérience de praticien. Il a ainsi été saisi de 150 cas pathologiques concernant des enfants de moins de six ans. Ceux-ci présentaient des troubles psychiques suite à une décision de résidence alternée ou d'équivalent de résidence alternée.

Selon le Maurice Berger, la mère représente pour l'enfant une figure d'attachement préférentielle, dont il est crucial de préserver et respecter son rôle, afin de garantir la formation psychique du nourrisson dans de bonnes conditions.

Le Gérard Poussin, psychologue français, ne partage pas le point de vue de Maurice Berger. Dans le cadre des derniers développements de la théorie de l'attachement, les chercheurs s'accordent pour conclure que le bébé peut développer plusieurs figures d'attachement principales, dont son père et sa mère. Selon lui, la primauté donnée à la mère est plus souvent dictée par l'habitude sociale que par une absolue nécessité psychique, tout dépend de la façon dont la relation s'est construite entre l'enfant et ses parents.

Cependant, pour construire la relation d'attachement, encore faut-il que le bébé puisse bénéficier d'un temps suffisant. Car l'attachement nécessite une certaine régularité des contacts. Le bébé a besoin de cette continuité pour se construire. La rupture trop fréquente de la continuité serait susceptible de perturber le processus d'attachement. «C'est la répétition dans la rupture des rythmes et l'addition des séparations qui questionne les experts» explique Gérard Poussin.

L'enfant a besoin de ses deux parents pour s'épanouir et pour construire son identité sexuée, préserver des liens avec les deux branches de l'arbre généalogique de l'enfant. Or avec la résidence alternée, il n'y a pas un parent principal et un autre secondaire. Mais d'un point de vue thérapeutique, Gérard Poussin se range à l'avis de nombreux pédopsychiatres qui préfèrent faire jouer le principe de précaution et protéger les bébés d'allers-retours néfastes pour leur développement. Il précise qu'avec un tout-petit en résidence alternée, il n'est pas raisonnable d'envisager une résidence paritaire. Les parents doivent préférer un système où le bébé vit plutôt chez l'un des parents, avec des séparations plutôt courtes.

1.5 Une garde partagée imposée est nocive pour l'enfant

Des études démontrent le caractère non définitif des décisions judiciaires au sujet de la garde des enfants. Ainsi, ces études stipulent que les décisions peuvent être modifiées lorsque les parents séparés retournent au tribunal pour faire légaliser ces changements. Un nombre important de jugements ne sont pas respectés et, en définitive, une grande partie des enfants qui avaient été placés en garde partagée se trouvent plutôt dans une garde principale à la mère.

Une analyse de données au Québec (ELDEQ) révèle plutôt, contrairement à ce qui a été observé ailleurs, que les ordonnances semblent dans l'ensemble respectées. Quoiqu'on retrouve peu d'ordonnances de garde partagée, celles-ci sont maintenues en 2006 dans 78,6% des cas (Cyr et al. 2012).

Par ailleurs, le climat inter-parental influencerait le choix et la stabilité des ententes de garde. Ainsi, il a été démontré que les parents qui avaient une relation antagoniste durant la première année suivant leur séparation sont les plus susceptibles de modifier leurs arrangements de visites après la séparation.

Selon certaines études (Joyal et al., 2003) la différence qui se dégage des situations de garde partagée «de consentement» et des situations de garde partagée «ordonnée par la Cour» a trait au taux de satisfaction des personnes visées. Le taux de satisfaction des parents qui y ont consenti est plus élevé. Par ailleurs, ceux qui se sont vu imposer la garde partagée par la Cour affichent une satisfaction mitigée: moins du tiers d'entre eux s'en disent assez ou entièrement satisfaits. Quant aux motifs d'insatisfaction, ils ont trait à l'attitude de l'ex-conjoint ou de l'ex-conjointe, aux difficultés d'aménagement des responsabilités parentales ou de partage des contributions financières à l'égard des enfants.

Comme nous l'avons signalé antérieurement, bien qu'il n'y ait aucune présomption en faveur de la garde partagée au Québec, des juges privilégient cette formule en présence de certaines conditions, dans certains cas, même si les communications sont difficiles entre les parents ou qu'il n'y a pas accord entre eux sur l'application de cette modalité de garde.

Il existe très peu de recherches ayant porté sur les avantages et les inconvénients pour l'enfant de l'application de cette formule malgré le désaccord des parents ou l'absence de communications entre eux. Un des avantages de la garde partagée est le maintien de la relation avec le père.

Selon Moyer (2004), dans les situations de garde partagée, les pères passent plus de temps avec leurs enfants et sont plus près d'eux que lorsqu'une autre forme d'entente de garde est retenue, ce qui représente un résultat plutôt positif. Par ailleurs, Moyer mentionne également qu'un certain nombre d'études font ressortir qu'après la

séparation, au fur et à mesure du temps qui passe, la fréquence des contacts entre le père et ses enfants diminue lorsque la mère a obtenu la garde principale.

Dans les situations de garde partagée, la fréquence des contacts semble plus stable au cours des premières années suivant la séparation. D'autres études montrent aussi que, lorsque la garde est partagée, moins de pères se désengagent que lorsque la mère a obtenu la garde exclusive (Moyer, 2004).

Selon St-Jacques et al. (2016), à partir de 21 études recensées sur la garde partagée entre les années 2000 et 2015, il ressort que ces enfants résidant dans deux maisons «vont aussi bien, voire mieux, que ceux en garde exclusive. De plus, ils entretiennent des relations plus positives avec leur père et la relation entre les parents est plus coopérative, ce qui a en soi des bienfaits, au-delà du mode de garde».

1.6 La garde partagée c'est bon pour les parents



La garde alternée est peut-être le reflet d'un certain égoïsme

Sur le terrain nous entendons parfois des parents et des professionnels accuser des parents d'égoïsme en réclamant une garde partagée sous prétexte qu'ils ne peuvent supporter l'absence de leur enfant.

Peu importe le mode de garde, les parents doivent faire le deuil de la permanence de la présence de leur enfant. Des bouts de vie vont leur échapper. Des histoires ne seront plus relatées de la même façon et avec les mêmes détails. Comme le disait ce jeune garçon de 9 ans «si tu vis une difficulté ou une grande joie, cela

devient difficile à raconter 15 jours plus tard à ton parent absent lors de cet événement».

Les parents, que nous rencontrons en médiation, acceptent d'analyser plusieurs facettes de leur situation (les motivations de chaque parent, leurs compétences, leurs disponibilités, les affinités avec chaque enfant, les besoins de l'enfant selon son âge, son stade de développement et ses particularités, la proximité des domiciles, les contraintes organisationnelles en fonction du travail, la présence de nouveaux conjoints et de nouveaux enfants, le respect minimal des différences éducatives entre les parents, la capacité de communiquer et de se transmettre des informations au sujet des enfants, etc.).

Selon notre expérience, la plupart des parents qui pratiquent la garde partagée ne le font pas pour des mobiles égoïstes, bien au contraire. Par exemple, des parents qui réclament ce mode de garde ont dû développer de nouvelles habilités parentales, négocier avec leur employeur la possibilité d'aménager leur temps de travail, restreindre certaines activités sportives ou culturelles, déménager pour se rapprocher de l'autre parent et tenter de restaurer la communication avec l'autre parent.

2. LES CONNAISSANCES REQUISES DE LA PART DU MÉDIATEUR POUR AGIR AVEC COMPÉTENCE AFIN D'AIDER LES PARENTS À NÉGOCIER UN BON PLAN PARENTAL

Tout médiateur doit mettre à jour ses connaissances sur l'état des recherches quant à :

- l'impact de la séparation sur les adultes et les enfants
- aux modalités de garde et le développement de l'enfant
- aux facteurs qui prédisent l'adaptation de l'enfant à la séparation de ses parents
- aux facteurs de protection favorisant l'adaptation de l'enfant à la rupture
- aux stratégies pour mobiliser et accompagner les parents afin qu'ils actualisent le partage de leurs responsabilités parentales en fonction des besoins de leur enfant et leurs compétences.

Les résultats des principales études internationales doivent être connus du médiateur:

- Il n'y a pas différence marquée entre le bien-être enfants en garde partagée ou en garde exclusive
- Le fait de dormir ailleurs qu'au domicile de la mère n'a pas d'impact sur l'attachement mère-enfant
- Lorsque des effets négatifs de la garde partagée sont observés chez les enfants de 0-6 ans, on constate la présence de négligence parentale, des horaires instables, des conflits entre les parents, des difficultés du parent gardien lui-même

- Lorsqu'il y a des différences observables, l'adaptation est généralement meilleure chez les enfants en garde partagée
- La garde partagée est la meilleure option pour conserver le lien père-enfant
- Il n'y a pas de lien causal mais corrélationnel entre une bonne adaptation de l'enfant et la garde partagée
- Le meilleur intérêt de l'enfant ne passe pas nécessairement par un type de garde en particulier, mais plutôt par une coparentalité négociée et centrée sur les besoins spécifiques de chaque enfant et les compétences des parents
- Il est important de maintenir une souplesse des modalités de garde et une révision du plan parental selon l'évolution des besoins de l'enfant.

3. LES CONDITIONS DE RÉUSSITE D'UNE GARDE PARTAGÉE

Les parents qui choisissent ce mode de garde adoptent ou développent ces attitudes et comportements:

- Ils se centrent sur le bien-être de l'enfant au-delà de leur conflit
- Ils acceptent de faire équipe comme parents pour l'enfant
- Ils se consultent pour les grandes décisions touchant les activités scolaires, sociales et culturelles, la santé de leur enfant
- Ils sont capables de composer avec les différences de l'autre (un respect minimal pour les habitudes, valeurs, pratiques éducatives de l'autre parent)
- Ils se montrent capables de décoder les vrais besoins de leur enfant
- Avant de critiquer les actions ou paroles de l'autre parent, ils prennent soin de vérifier les dires de l'enfant auprès de l'autre parent (ils gardent un petit doute)
- Ils font preuve de souplesse dans l'horaire des contacts et des congés si des modifications sont nécessaires ou requises
- Ils exercent un lâcher-prise quant au besoin de tout savoir ou de contrôler ce qui se fait dans l'autre maison.
- Ils communiquent directement lors des transitions de l'enfant et / ou par téléphone, courriel, message texte ou via un intermédiaire selon les besoins et circonstances.

4. LES PAROLES D'ENFANTS DE PARENTS SÉPARÉS

En tant que médiatrice familiale, il nous arrive de donner une place à l'enfant en cours de processus afin de recueillir son point de vue. Un entretien avec l'enfant seul et avec ses parents peut aider les parents à mieux comprendre les besoins de l'enfant et à les prendre en compte dans le processus décisionnel de leur réorganisation familiale. La plupart du temps, les parents se montrent ouverts et consentants à ce que l'enfant ait une implication directe en médiation pourvu que l'enfant ne soit pas témoin de leur dispute ou qu'on lui fasse porter le poids de la décision.

Nous avons constaté que les enfants de parents séparés ont besoin de parler, d'exprimer leur souffrance et leurs plaisirs (il y en a dans la séparation). Ils ont aussi

besoin d'être entendus par une personne neutre et compétente afin de comprendre ce qui leur arrive et obtenir de l'aide pour formuler leurs besoins et leurs solutions à leurs parents.

Voici des propos d'enfants (prénoms fictifs) que nous avons rencontrés au sujet de la garde partagée:

- La garde partagée c'est le meilleur dans le pire qui nous est arrivé - Cloé
- C'est mieux les deux parents ensemble mais c'est bon de vivre avec chacun - Maxime
- Les valises c'est chiant, dit Marie-Pierre, mais cela vaut la peine pour passer du temps avec chaque parent
- Moi je n'aime pas cela changer de maison - Julien
- Ce sont les parents qui devraient changer de maison. dit Maude. enfin au début pour nous aider à nous habituer
- C'est trop long une semaine sans voir mon autre parent disent beaucoup d'enfants.

Que retenir du discours de ces enfants que nous avons croisés? Ils veulent avoir du temps de qualité (pas seulement de quantité) avec leurs deux parents, mais pas nécessairement un partage égalitaire du temps. Les enfants sont très sensibles aux querelles des parents et expriment avec conviction le besoin d'être mis à l'écart du conflit parental. Ils veulent avoir leur mot à dire, mais ne veulent pas choisir entre papa et maman (have a voice but not a choice).

Les enfants pris parfois avec des parents qui appliquent avec rigidité la règle 50-50 pour le partage du temps aimeraient de la souplesse et de la latitude en fonction de leurs besoins évolutifs. La question des valises revient souvent comme étant un fardeau et un réel désagrément surtout lorsque les parents exigent que les vêtements achetés par un parent restent dans leur maison et ne circulent pas. Lorsque les parents fournissent à leurs enfants des vêtements de base qui peuvent rester dans chaque maison ceci réduit considérablement le transit de beaucoup de vêtements et diminue le risque d'oublis et de perte d'objets.

Les enfants plus âgés (10 ans et au-delà) apprécient beaucoup pouvoir disposer d'une chambre privée dans les deux maisons lorsque cela est possible, surtout s'il y a recomposition familiale afin d'avoir un petit coin privé bien à soi.

5. SITUATION FAMILIALE DE L'ENFANT ÉMILIE ÂGÉE DE 12 ANS

Les parents d'Émilie (prénom fictif) nous contactent pour entreprendre une médiation familiale à la suggestion de leurs avocats respectifs. Un jugement a été rendu il y a 5 ans entérinant le consentement des parents qui conviennent d'une garde partagée 50-50. Récemment, la mère a déposé une requête au Tribunal pour obtenir

la garde exclusive. Elle croit que son nouveau copain pourrait mieux jouer le rôle paternel. Le père s'oppose à tout changement.

Au cours de ce processus, les parents acceptent que nous rencontrions l'enfant seule et en famille. Lors de l'entretien avec Émilie, celle-ci demande à s'exprimer par un dessin que vous retrouverez ci-après.



En présence de ses deux parents, elle explique en détail son dessin qui représente bien le conflit entre ses parents et sa volonté de poursuivre la garde partagée. Sa route est remplie de fleurs, de végétation verdoyante et d'amour. Elle apprécie le nouveau copain de sa mère mais elle aime son père avec qui elle veut continuer de vivre une semaine sur deux. Les deux parents concluent une entente peu de temps après cet entretien familial afin de maintenir la garde partagée.

6. CONCLUSION

La séparation des parents est un événement difficile pour les enfants. De nos jours, la garde partagée apparaît comme la solution pour beaucoup de parents qui se séparent. Or, elle ne peut ni s'imposer dans tous les cas ni s'improviser. Il est important que les parents puissent peser le pour et le contre de cette modalité de garde en fonction de plusieurs facteurs, dont prioritairement les besoins spécifiques de leur enfant, leurs compétences et disponibilités.

La garde partagée continue de faire couler beaucoup d'encre, du côté tant de ses détracteurs que de ses militants. Loin de ces débats parfois stériles tant ils

sombrent dans l'excès, il est important de garder la tête froide, de mettre à jour nos connaissances, faire fi de nos préjugés et accompagner les parents afin qu'ils puissent faire un choix éclairé. Les parents doivent clarifier leurs motivations, prendre en compte les contraintes et s'organiser pour trouver le meilleur arrangement parental pour leur progéniture.

Boris Cyrulnik disait: «Un enfant n'a jamais les parents dont il rêve. Seuls les enfants ont des parents de rêve». Et nous ajoutons: L'enfant rêve de garder ses deux parents sans nécessairement rêver de la garde alternée.

Références bibliographiques

Cyr F. et al. (2011). *Prévalence de la garde partagée chez les familles québécoises ayant un enfant né en 1997-1998: Profil sociodémographique et psychologique*. Rapport de recherche présenté au ministère de la Justice du Québec, Canada.

Cyr F. et al. (2012). *Bien-être psychologique des enfants en fonction du climat inter-parental, de la santé psychologique des parents et de la relation parent-enfant selon le contexte familial et le type de garde chez les familles québécoises ayant un enfant né en 1997-1998*. Rapport de recherche présenté au ministère de la Justice du Québec, Canada.

Baude, A. et Drapeau, S. (2015). Les enjeux entourant le développement des jeunes en garde partagée: que nous apprennent les connaissances scientifiques? *Phare*, 19. Université Laval, Québec, Canada: Centre de recherche JEFAR.

Godbout E., St-Jacques, M.-C., Baude, A., Saini, M. et Pierce, T. (2016, 6 juillet). Garde partagée: ce que la recherche dit et ne dit pas. *Le Devoir*, <http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/474829/garde-partagee-ce-que-la-recherche-dit-et-ne-dit-pas>

Guillemaine, C. (2011). *Chez papa chez maman, une nouvelle vie de famille*. Montréal, Canada: CHU Sainte-Justine.

Guillemaine C. (2009). *Vivre une garde partagée: une histoire d'engagement parental*. Montréal, Canada: éd. du CRAM et CHU Sainte-Justine.

Joyal, R., Lapierre-Adamcyk, E., Le Boudrais, C. et Marcil-Gratton, N. (2002). *Le rôle des tribunaux dans la prise en charge des enfants après le divorce ou la séparation des parents*. Québec, Canada: Ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille.

Joyal, R. (2003). Garde partagée de l'enfant - Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes. *Les Cahiers de droit*, 44(2), 280.

Limet O. (2013). *Du parent 'suffisamment bon' à la check-list du parent parfait ... un risque pas si éloigné*. Actes du sixième colloque de l'AIFI «Les compétences des parents et les familles séparées», tenu les 6-8 juin 2013 à Ste-Adèle, Québec, Canada. (voir <https://www.aifi.info/>)

Marcil-Gratton, N. et Le Bourdais, C. (1999). *Garde des enfants, droits de visite et pension alimentaire: (ELDEQ) résultats tirés de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes. Rapport de recherche CSR-1999-3F*. Ottawa, Canada: Ministère de la Justice.

Moyer, S. (2004). *Les ententes relatives à la garde des enfants: caractéristiques et répercussions*. Ottawa: Ministère de la Justice du Canada.

Neyrand, G. et Zaouche Gaudron, C. (2014). *Livre blanc de la résidence alternée*. Toulouse, France: Érès.

Poitras, K., Mignault, L. et Goubau, D. (dir.). (2014). *L'enfant et le litige en matière de garde. Regards psychologiques et juridiques*. Québec, Canada: Presse de l'Université du Québec.

Poussin, G. et Lamy, A. (2004). *Réussir la garde alternée*. Paris, France: Albin Michel.

La médiation favorise-t-elle la garde alternée?

Dominique LEFEUVRE

Médiateur familial, France

La médiation familiale favorise-t-elle la résidence alternée?

Ma première réponse est NON

Le médiateur familial est un professionnel neutre par l'expression de ses appréciations. Il n'est pas dans sa fonction d'influencer l'adoption par les parents d'un modèle particulier d'organisation de vie de l'enfant. Et pourtant la question vaut d'être posée...

J'ai choisi d'ouvrir mes dossiers et de retenir quelques points saillants d'une situation.

Il était une fois...

Deux professionnels praticiens-experts en psychologie du développement du petit enfant. Ils sont parents d'un enfant de 15 mois.

Lors de notre première rencontre, la décohobitation du couple est intervenue depuis 3 mois, ils sont dans l'attente très tendue de la première audience auprès du juge aux affaires familiales.

La médiation familiale est dite «spontanée», elle intervient à la demande directe des parents dans un contexte de doubles requêtes judiciaires déposées par leurs avocats respectifs.

LES ENJEUX

Je vais dans cette présentation privilégier la présentation des points liés à la question de la résidence alternée et laisser de côté la présentation de la situation et le déroulement des entretiens de la médiation familiale.

Je conviens avec vous que les éléments d'histoire personnelle, le parcours professionnel, la constitution du couple et l'arrivée de l'enfant sont essentiels pour la compréhension de la construction singulière de la situation de Annaelle et Gaétan, parents de Simon âgé de 15 mois lors du premier entretien.

Je les ai reçus au cours de plusieurs entretiens et voici leurs positions:

Annaelle accuse Gaétan de mensonges: ils avaient convenu de se concerter avant de recourir à un magistrat, il a déposé une requête auprès du juge aux affaires

familiales sans qu'elle soit informée. Pour se défendre, elle a choisi un avocat renommé pour sa pugnacité en face de l'avocate choisie par Gaétan. Elle a repéré sur internet que celle-ci est liée à une association très revendicative de pères.

Il ne s'est jamais vraiment occupé de l'enfant, il l'a relayée de temps en temps quand elle n'était pas disponible ou absente pour des raisons professionnelles.

Professionnellement, elle reçoit au quotidien des enfants «massacrés», parce qu'ils ont été arrachés à leur mère dans des contextes de séparations parentales. Elle connaît la littérature, les avis des pédopsychiatres sont unanimes à préserver l'attachement exclusif de l'enfant à sa mère comme base essentielle de son développement. Un enfant de l'âge de Simon n'est pas différencié psychiquement de sa mère, seule figure d'attachement. Il ne doit pas être séparé de sa mère plus longtemps que quelques heures.

Elle est contre l'intervention d'un magistrat, de la justice, elle redoute cette «machine infernale». Gaétan l'a contrainte à s'y engager pour se défendre de la requête qu'il a déposée pour qu'un juge aux affaires familiales tranche.

Une «résidence alternée» n'est même pas concevable. Mais que signifient ces termes pour Annaelle?

Pour **Gaétan**, «Simon s'est construit avec pour figure d'attachement principale, son «ex» et néanmoins mère de son fils. Ce qui n'empêche pas que deux nuits par semaine, Annaelle travaillait et il assurait les soins et la présence auprès de Simon, tout en étant très impliqué le reste du temps au quotidien depuis la naissance de l'enfant, au même titre que la mère.

Depuis 3 mois de séparation, il ne voit Simon que quelques heures par semaine, il est extrêmement inquiet des projets de Annaelle pour l'avenir. Il a besoin de voir plus son fils.

Il a convenu avec son avocate le dépôt d'une requête sous forme de référé auprès du tribunal des affaires pour rapidement statuer et que soient préservés ses droits de père. Il veut la mise en place de la résidence alternée pour garantie de sa place de père mise en danger et poser les bases d'un développement sain et équilibré pour son fils Simon».

La littérature et les avis des pédopsychiatres sont assez partagés. Dans le service auprès d'enfants dans lequel il travaille, les réflexions sont actives pour prendre en compte les situations où l'enfant se développe avec plusieurs figures principales d'attachement. Il reconnaît à la mère sa plus grande importance du fait de la grossesse.

Simon s'est développé avec une figure d'attachement principale et une seconde qui n'est pas accessoire.

Mais être père à égalité avec la mère, quelle forme cela peut-il prendre dans le concret?

Durant les entretiens de médiation familiale, Annaelle et Gaétan se sont interrogés sur les risques du système judiciaire et les risques de se parler en médiation familiale et en dehors des entretiens.

Ils ont cherché des garanties pour s'assurer chacun que leur parole était prise en compte et leurs points de vue respectifs reconnus. Ils se sont parlés, ils ont échangé des informations sur leurs perceptions des évolutions observables du comportement de Simon. Ils ont éprouvé la possibilité d'un dialogue.

Ils ont évoqué tous les professionnels qui intervenaient déjà et tous ceux qu'ils voulaient faire intervenir.

Ces deux parents ont convenu de l'organisation des temps de vie de leur fils Simon, par unités de temps d'une heure à la demi-journée, d'une nuit à l'enchaînement de deux au fil des entretiens de médiation familiale.

Les effets suivants de la médiation familiale sont des constats partagés avec Annaelle et Gaétan:

- se rencontrer physiquement au cours des entretiens avec moins de peurs pour chacun,
- convenir les temps des jours, des semaines, des week-ends, des vacances de qui s'occupera de Simon,
- suspendre les procédures judiciaires contentieuses en cours et changer d'avocat,
- construire le principe de l'accueil paritaire de Simon durant les week-ends et les vacances scolaires,
- envisager leur coexistence de deux parents différents et complémentaires. Mettre des mots sur leurs conceptions et les termes convenus pour indicateurs du développement «satisfaisant» de Simon,
- convenir que l'apaisement de la situation, la circulation de l'enfant et les temps communs avaient pour effet le bien-être de Simon sans trop de danger pour chacun des trois par une prise en compte globale des différents enjeux et besoins.

Et moi, en tant que médiateur familial, néanmoins fils, homme et père?

Leur volonté farouche de devenir plus «parent» chacun et ensemble, leur capacité à se pencher ensemble sur le calendrier sans se départir de toutes leurs résistances m'a touché et elle a constitué un stimulant défi.

Chacun de ces deux parents avait raison, avait ses raisons et il me semblait parvenir à rejoindre chacun dans ses convictions. Tout à la recherche permanente des mots justes et des formulations qui prenaient sens pour chacun et parfois ensemble, je me percevais autant impliqué avec l'un qu'avec l'autre.

J'ai des opinions, mais personnellement et professionnellement je ne savais pas ce qui était «bien» pour Simon. J'étais médiateur familial devant cette assemblée d'experts dont ils convoquaient les avis présentés de manière tranchée dans ce bureau où nous n'étions pourtant que trois en co-construction.

REFLEXIONS PLUS GLOBALES

Comme d'autres parents, Annaelle et Gaétan ont été confrontés à une situation paradoxale: comment penser «rupture conjugale» et «poursuite de relations bienveillantes de coéducation parentale»?

Une crise tend à construire des visions binaires, à envisager des solutions tranchées. La complexité n'est possible à aborder qu'avec un minimum de sécurité.

En situation de crise et de conflit, les arguments communs tendent à privilégier pour le jeune enfant la stabilité de ses repères, un seul logement et la stabilité de la relation établie entre l'enfant et un seul de ses parents. Comment assurer la stabilité des lieux, des situations et des relations dans une situation qui a changé et qui n'est donc plus la même.

Le rapport au temps est à considérer, l'histoire de chaque parent est revisitée et percutée de manière inattendue lors de la rupture conjugale et de la décohabitation. Les temps du quotidien de chaque parent prennent place parmi d'autres temps professionnels, personnels, ceux des transports, des démarches administratives.

Ils étaient d'accord pour trouver entre eux des solutions et les résistances et les peurs ont été les plus fortes, au cours du temps du déroulement de la médiation familiale. Le défi a été d'identifier des garanties, de construire des réassurances moins dans les déclarations que dans le concret expérimenté:

- La maturation individuelle, collective du conflit suit des cheminements où leur part de mystère,
- Le fractionnement, la progressivité, la régularité et la flexibilité d'évolution des temps de vie de Simon entre la crèche, au domicile de l'un, de l'autre de ses parents, avec l'un chez le médecin, avec l'autre chez des grands-parents et aussi des temps à trois.... Constituent les éléments d'un puzzle dont le résultat n'est pas déterminé mais dont l'anticipation est fondatrice.

La tension était importante pour Annaelle et Gaétan entre d'une part le modèle où le dialogue, la prise en compte des dimensions relationnelles et émotionnelles sont des valeurs privilégiées et d'autre part, leurs antagonismes forts avec des représentations, des discours théoriques, des mises en forme judiciaires omniprésents.

L'égalité femme-homme est à penser aujourd'hui avec la restitution des différences d'être père et d'être mère, alors que conjointement les fonctions dites «maternelles et paternelles» ne sont pas figées et qu'elles sont à repreciser au niveau symbolique et concret.

Un conflit est une spirale d'aspiration plus que d'inspiration, tous les protagonistes y vont de leur expertise avec des représentations et des préconisations qui tiennent lieu de «certitudes» à rebours de la singularité de leur situation.

Professionnels eux-mêmes, ils se sont entourés de nombreux professionnels pour d'abord confirmer leurs positions puis, ont séparé entre d'une part ceux qui pouvaient être investis de confiance par les deux parents et ceux dont chacun avait seul la confiance.

Ils ont rapidement partagé le constat navré que les acteurs du système judiciaire les avaient conduits à participer à une «machine infernale» qui les dépassait, les dessaisissait de leur décision et dans l'attente insécurisante d'une décision dont l'effet était incertain.

La médiation familiale favorise-t-elle la résidence alternée?

Ma deuxième réponse sera **OUI**.

La médiation familiale n'est pas un dispositif pour ou contre la garde alternée ou la résidence alternée ou paritaire. Elle propose d'aborder simplement la complexité des besoins de chaque adulte et d'aborder de manière globale les bénéfices possibles pour l'enfant.

La médiation familiale offre aux parents la possibilité d'envisager chacun et ensemble des choix dans la singularité de leur situation avec leurs différences, leur coexistence, leur complémentarité. Sont abordées les modalités de l'organisation de vie de leur enfant en prenant en compte la complexité et les enjeux les plus saillants de leurs situations ainsi que leurs appréciations des besoins de leur enfant.

Le résultat est généralement celui d'une alternance de temps de vie de l'enfant avec l'un puis avec l'autre de ses parents. Parfois, elle peut être devenir «résidence alternée», ce qui ne constitue pas un objectif mais l'issue possible d'une construction, d'un processus avec un résultat non formulable d'emblée.

Elle a pour objectif avec sa part de prétention, d'illusion et d'ambition, que chaque parent puisse conscientiser, exprimer ce qui est important pour lui, échanger des informations et dialoguer. Pas nécessairement pour parvenir à se mettre d'accord, mais pour envisager les modalités d'une organisation des temps qui prennent en compte les besoins de chacun et plus particulièrement ceux de l'enfant.

Le médiateur familial accompagne des personnes dans leur recherche de changements et de solutions qui soient satisfaisantes à court, moyen et plus long terme avec des repères pour envisager d'autres changements. A partir du présent, revisiter le passé afin d'anticiper pour un meilleur avenir.

La médiation familiale offre aux parents la possibilité d'échanger ensemble sur les modalités d'organisation des différents temps de vie de leurs enfants en prenant en compte la complexité et les enjeux de leur situation singulière.

Réflexions sur des termes, le piège des mots et des enjeux

Comment le choix des termes juridiques peut-il les rendre aptes à sortir de la confusion entre autorité parentale, garde, exercice conjoint, résidence principale ou alternée et droit de visite et d'hébergement?

Même si l'usage du terme «garde alternée» est aboli depuis 1978 en France, le terme de résidence principale laisse la place à la notion d'un parent principal pour les décisions usuelles et celle d'un parent secondaire associé de manière accessoire par la fixation d'un droit de visite et d'hébergement. Et ce dans une situation d'exercice conjoint de l'autorité parentale avec «mêmes droits, mêmes devoirs».

Le terme de «double résidence» ne signifie pas égalité arithmétique et symétrique du temps de l'enfant auprès de chacun de ses parents et il ouvre la possibilité à de nombreuses combinaisons d'organisation de vie.

S'agit-il d'un partage de l'enfant entre ses parents ou du partage des temps de vie de l'enfant entre différents lieux et différentes personnes qui participeront à son développement dans des conditions sécurisées?

En termes de conclusion, oui, la médiation familiale favorise le maintien des relations avec chaque parent et sa famille. Celui-ci s'inscrit dans une pluralité de modes d'organisation dont la résidence alternée ou la double domiciliation sont des références significatives adaptables aux besoins de l'enfant dans son évolution.

Références bibliographiques

Geoffroy, M. (2014). Grossesse et Médiation familiale. *Le Carnet Psy*, 181, 39-42.

Hachet, B. (2016). Résidence alternée. Pratiques polémiques et normes ambivalentes. *Journal des Anthropologues*, 144/145, 191-219.

Neyrand, G., Poussin, G. et Wilpert, M.-D. (2015). *Père, mère après séparation. Résidence alternée et co-parentalité*. Toulouse, France: Erès.

Neyrand G. et Zaouche Gaudron, C. (2014). *Le livre blanc de la résidence alternée*. Toulouse, France: Erès.

Die alternierende Obhut - Betreuungsmodelle vom Kind her denken: teilhaben dürfen statt wechseln müssen¹

Heidi SIMONI

Dr. phil., Leiterin des Marie Meierhofer Institut für das Kind in Zürich
Mitglied des Vorstands des Centrums für Familienwissenschaften

I. Einleitung

1. Vorbemerkungen

Als Entwicklungspsychologin freue ich mich für jedes Kind, wenn seine Eltern eine partnerschaftliche Aufgaben- und Rollenteilung pflegen und es intensive und vielfältige Beziehungen zum Vater, zur Mutter und zu weiteren Menschen pflegen kann. Wenn das bislang oft übliche 14-tätige Besuchsrecht nach der elterlichen Trennung zunehmend als überholt gilt, öffnet sich der Weg für kreativere Lösungen. Es widerspricht jedoch meiner liberalen Gesinnung zutiefst, wenn eine verkrustete Haltung und ihre Praxis durch eine andere rigide «Lösung» ersetzt werden soll. Das zeigt aus meiner Sicht keinen Paradigma- sondern viel eher einen Dogmawechsel an. Genau das scheint zurzeit zu passieren, wenn die alternierende Obhut als DAS zeitgemässe Modell zur Ablösung verstaubter Nachtrennungsregelungen gepriesen wird. Dies ist umso bedauerlicher, als der rechtliche Rahmen sowie die Tatsache verschiedener Familienformen flexible und individuelle Lösungen ermöglichen und nahe legen.

Im vorliegenden Aufsatz soll erörtert werden, was inhaltlich für und was gegen Lösungen im Sinne der alternierenden Obhut und was gegen sie als Modell spricht.²

2. Entwicklungen

Mit der Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall am 1. Juli 2014 wurde die grundsätzlich gleichwertige Verantwortung beider Eltern auch nach einer Trennung für gemeinsame Kinder anerkannt. Der Begriff der rechtlichen Obhut wurde durch den Begriff des Aufenthaltsbestimmungsrechts ersetzt und dieses als Teil der elterlichen Sorge konzipiert. Die Aufteilung der faktischen Obhut – also die Betreuung und Erziehung des Kindes im Alltag – ist unabhängig von der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall: Sie bleibt den Eltern überlassen und ist von ganz asymmetrisch bis ganz symmetrisch möglich.

Es gibt zwei interessante Bundesgerichtsurteile zum Thema, die kurz vorgestellt und bezüglich ihres Verhältnis diskutiert werden sollen.

¹ Der vorliegende Beitrag ist eine schriftliche, leicht angepasste Fassung des anlässlich der Familienrechtstage 2016 am 29. Januar in Zürich gehaltenen Vortrags mit dem gleichen Titel

² Auf eine Auswahl weiterführender Literatur wird am Schluss des Aufsatzes verwiesen.

a) Anordnung der alternierenden Obhut

Im einem Bundesgerichtsurteil³ wird festgehalten, dass das Gericht oder die KESB auf Verlangen eines Elternteils oder des Kindes die Anordnung der alternierenden Obhut prüfen sollen. Dies wirft – zumindest aus psychologischer – Sicht verschiedene Fragen auf:

- Welches Verständnis der (gemeinsamen) elterlichen Sorge liegt der möglichen Anordnung der alternierenden Obhut zugrunde?
- Was wird von den Eltern bezüglich ihrer Verantwortung erwartet?
- Welche Rolle übernimmt der Staat?
- Wird von der gemeinsamen elterlichen Sorge der Anspruch einer gleichmässig aufgeteilten Betreuung des Kindes im Alltag abgeleitet?
- Würde ggf. das Modell der alternierenden Obhut angeordnet oder eine konkrete Lösung im Rahmen dieses Modells?
- Was unterscheidet die alternierende Obhut von einem zeitlich regelmässigen und quantitativ als ausgeglichen und passend erlebten Arrangement?
- Welches wären die Vorteile einer kategorialen Konzeption gegenüber einer kontinuierlichen?

Dem Wechsel zur gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall lag die Annahme zugrunde, dass Eltern sich in grundsätzlichen Fragen unabhängig von ihrem Zivilstand im Sinne des Kindeswohls verhalten und entsprechende Regelungen für das Kind und ihr Familienleben finden können und sollen. Dies schliesst die Inanspruchnahme fachlicher Unterstützung selbstverständlich nicht aus.

Zu welchen Eingriffen sieht sich Vater Staat mit der möglichen Anordnung der alternierenden Obhut nun trotzdem berufen und zu wessen Gunsten? Geht es darum, eine partnerschaftliche Rollen- und Aufgabenteilung der Eltern zu fördern? Dieses begrüssenswerte Ziel müsste sich in Einzelfall am Kindeswohl messen lassen, nämlich an der Frage, ob die alternierende Obhut dem übergeordneten Interesse des betroffenen Kindes entspricht. Neben der kalendarischen Aufteilung von Betreuungstagen wäre hoch zu gewichten, welche verschiedenen Lebenswelten das Kind zusätzlich zu zwei Lebensmittelpunkten beim Vater und bei der Mutter vereinbaren muss und ob es das aufgrund seines Entwicklungsstandes, seiner Persönlichkeit und seiner bisherigen Erfahrungen (leisten) kann. Zu denken wäre hier etwa an verschiedene Formen der Tagesbetreuung, Kontakte mit Verwandten und Nachbarn, Freizeitaktivitäten, Integration in Quartier oder Dorf etc.

Ausserdem müsste eine Förderung einer partnerschaftlichen Aufgaben- und Rollenteilung nach meinem Verständnis davon ausgehen, dass Eltern zur Betreuung und Erziehung und zur Sicherung der materiellen Existenz eines Kindes beitragen,

³ BGer 5A_266/2015 (24.6.15).

was jedem Elternteil möglich ist. Eine partnerschaftliche Verantwortung für das Kind legt eine Gesamtlösung nahe, bei der es zwar eventuell Kompromisse aber keine/n Gewinner/-in und Verlierer/-in gibt. Ins Blickfeld rücken damit Erwerbs- und Verdienstmöglichkeiten sowie der zeitliche und qualitative Betreuungsbedarf und die Unterhaltskosten des Kindes. Das Motto „Ich will mehr betreuen und weniger bezahlen“ wäre im Rahmen einer Gesamtlösung ein höchst fragwürdiges Motiv, die alternierende Obhut zu beantragen.

b) Entzug der elterlichen Sorge zum Schutz des Kindes

Im zweiten Bundesgerichtsurteil⁴, das hier relevant erscheint, heisst es: „ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit“ ... können die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil gebieten.

Die Begründung ist auch aus psychologischer Sicht gut nachvollziehbar. Wenn eine Platzierung des Kindes bei Dritten nötig ist, reicht zu seinem Schutz meistens eine Einschränkung der elterlichen Sorge, nämlich der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch von der gemeinsamen elterlichen Sorge an sich eine Gefährdung des Kindes ausgehen. Die elterliche Sorge muss dann folglich zum Schutz des Kindes einem Elternteil zugeteilt und dem andern entzogen werden. Aus den Erläuterungen zum Urteil geht hervor, dass die Latte dafür hoch gehängt werden soll, um die eben eingeführte elterliche Sorge als Regelfall nicht gleich wieder zu untergraben.

c) Verhältnis der beiden Leitentscheide?

Brisant ist mit Blick auf das Kind die Frage nach dem Verhältnis der beiden Bundesgerichtsurteile. Welche Fälle liegen dazwischen, also zwischen einer Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil und einer Anordnung der alternierenden Obhut? Wann ist eine Zuteilung der elterlichen Sorge zum Schutz des Kindes nicht nötig und die Anordnung der alternierenden Obhut trotzdem nicht opportun? In welchen Fällen elterlicher Uneinigkeit soll keine alternierende Obhut angeordnet werden?

Welche Anforderungen müssen an die elterliche Fähigkeit zur Kommunikation und Kooperation gestellt werden, wenn das Kind an beiden Orten zu Hause sein soll? Alternierende Obhut verlangt mehr Absprachen und Koordination zwischen den Eltern als Regelungen, bei denen das Kind einen Lebensmittelpunkt hat. Dies gilt zumindest dann, wenn beides nicht einfach den Kindern aufgebürdet werden soll. Manche Eltern können kurzzeitige und sogar anhaltende Uneinigkeiten ohne eisige Feindseligkeit und Destruktivität austragen. Manche schaffen es sogar, Fragen zum Kind konstruktiv zu klären, obwohl Paarkonflikte bestehen oder eine klare Trennung der Lebenswelten

⁴ BGer 5A_923/2014 (27.8.15).

vollzogen wurde. Bei manchen Eltern schwelt der Brand jedoch über Jahre weiter und droht immer wieder aufzulodern. Es lässt sich erahnen, welche Belastung es für ein Kind bedeutet, wenn ihm nicht nur die Überquerung eines Minenfelds oder einer Einöde zwischen den Eltern sondern auch das Verbringen des Alltags in den gegenüberliegenden Lagern per Anordnung zufällt.

II. Verschiedenes spricht dafür – Manches spricht für Vorsicht

Falls die Rahmenbedingungen und das Umgangsklima stimmen, profitieren Familien davon, wenn die Kinder trotz Elterntrennung lebendige Beziehungen mit beiden Eltern leben können. Unter welchen Umständen die alternierende Obhut dafür eine gute Basis ist und unter welchen nicht, wird im Folgenden dargelegt. Zwischen den Unterkapiteln zu den Chancen bzw. Risiken der alternierenden Obhut findet sich ein Exkurs zur empirischen Fundierung der Thematik.

1. Positive Aspekte der alternierenden Obhut als Praxis

Aufgrund gesellschaftlicher Veränderungen lassen sich gute Gründe für eine alternierende Obhut als Praxis von Familien nach Trennung der Eltern finden. Manche Vorteile für Kinder und Eltern lassen sich durch empirisch gewonnene Erkenntnisse und durch reflektierte Praxiserfahrung erhärten.

a) Was spricht für Lösungen im Sinne der alternierenden Obhut?

Symmetrische Lösungen von Eltern bei der alltäglichen Betreuung und Erziehung von Kindern haben Vorteile gegenüber asymmetrischen. Sie erlauben es, flexibler und trotzdem beständiger auf Änderungen von Gegebenheiten innerhalb und ausserhalb der Familie zu reagieren.

Falls bereits vor der Elterntrennung eine partnerschaftliche Aufgabenteilung zwischen den Eltern gelebt worden ist, gewährleistet eine Lösung mit alternierender Obhut eine hohe Konstanz für das Kind. Das Ziel, (Beziehungs-) Verluste für das Kind und die Eltern zu vermeiden, kann der Reorganisation des Familienlebens eine klare Ausrichtung geben und andere Entscheide treffen helfen. Diese können die Lage der elterlichen Wohnungen, die Organisation der Familienleben, die Abstimmung der Erwerbstätigkeiten, die ergänzende Betreuung etc. betreffen.

Die Trennung der Eltern bzw. der Übergang von einer Form des Familienlebens in eine andere kann auch eine Chance für Veränderung sein. Diese könnte durchaus auch darin bestehen, den Weg für den Ausgleich von Asymmetrien punkto Aufgabenteilung oder Beziehungsqualitäten im Alltag zu eröffnen. Für das Erleben des Kindes ist es dabei gerade in einer verunsichernden Lebensphase – wie sie die Elterntrennung meist ist – wichtig, dass es emotional und praktisch Anknüpfungspunkte findet. Die getroffenen Arrangements sollten sich trotz allfälliger Änderungen organisch ableiten lassen und auch so anfühlen. Das Kind sollte nicht zusätzlich zur Bewältigung der

Elterntrennung Energie für Experimente aufwenden müssen. Kontinuität trotz Wandel unterstützt ein gutes Kohärenzgefühl bezüglich der eigenen Biografie.

b) Chancen des Wechselmodells für das Kind

Wenn Eltern die Betreuung und Erziehung des Kindes (vor und) nach ihrer Trennung teilen, ermöglicht dies dem Kind vielfältige Erfahrungen mit beiden Elternteilen. Es erlebt die Lebensführung, die Betreuung und die Erziehung von zwei Personen sehr nahe. Es kann sich mit Aspekten des Vaters und der Mutter identifizieren oder sich davon abgrenzen sowie sich zeitweise mehr und zeitweise weniger am einen oder anderen Elternteil orientieren. Es kann von der Mutter und vom Vater profitieren und sich eine eigene Meinung über deren Besonderheiten sowie über Vor- und Nachteile ihrer Charaktere bilden.

Es kann als wichtige Absicherung und als Entwicklungsvorteil gelten, wenn ein Kind von mehr als einer nahen Beziehungsperson auf seinem Weg aufmerksam und liebevoll begleitet wird. Es ist naheliegend aber keinesfalls zwingend, dass die Eltern für das Kind den Kern dieses Beziehungsnetzes bilden.

Ein Wechselmodell, als mögliche Umsetzung der alternierenden Obhut, kann die Kontinuität im Alltag des Kindes vergrößern. Wenn die beiden Zuhause örtlich nahe beieinander liegen und der Tagesablauf abgestimmt ist, kann trotz des Wechsels ein Grossteil des kindlichen Alltags ausserhalb der Elternhäuser gleich bleiben.

Dies betrifft das Quartier oder Dorf, die Familien ergänzende Betreuung, den Besuch von Spielgruppe und Freizeitaktivitäten, Spielmöglichkeiten mit andern Kindern etc. Die Wege des Kindes und der Radius, in dem es sich zunehmend selbständig bewegen kann, bleiben ebenfalls vertraut und erhalten. Diese Art der Kontinuität kann bei Lösungen mit Besuchscharakter meist nicht erreicht werden.

Unabhängig von der Art der Regelungen, die eine Familie für sich findet, lassen sich gewisse Erkenntnisse mit Blick auf das Kind festhalten:

- Die Passung zwischen der Regelung und den Lebensumständen sowie den Kompetenzen und Ressourcen aller Beteiligten ist wichtig.
- Ein dem Kind entsprechender Einbezug in die Planung und Gestaltung des Familienlebens, auch bei dessen Reorganisation, ist für sein Wohlbefinden und für seine Entwicklung wichtig.
- Informationen zu (expliziten und impliziten) Fragen des Kindes sowie Transparenz bezüglich Abläufen und Veränderungen wirken stärkend und Ohnmachtsgefühlen und Ängsten des Kindes entgegen

c) Chancen der alternierenden Obhut für Eltern

Wenn Eltern sich die Betreuung und Erziehung des Kindes im Alltag teilen, erhöht dies die Wahrscheinlichkeit, dass die tatsächliche Betreuungs- und Erziehungsverantwortung von beiden getragen wird. Mit einer Lösung im Sinne der alternierenden Obhut wird weder der eine Elternteil/die Mutter zur Alleinerziehenden noch wird der andere Elternteil/der Vater auf die Rolle des Besuchers reduziert. Beide Eltern können ausgeglichener Alltagszeit und Freizeit mit dem Kind und ohne Kind verbringen.

Mit einer partnerschaftlichen Aufteilung der Familienarbeit eröffnet sich die Möglichkeit, die Erwerbsarbeit ebenfalls partnerschaftlicher aufzuteilen – zumindest im Prinzip. Tatsächlich hängt dies auch vom Arbeitsmarkt ab. Trotzdem erleichtert eine angestrebte partnerschaftliche Rollen- und Aufgabenteilung es namentlich den Müttern, ein tragfähiges Standbein im Erwerbsleben zu behalten oder aufzubauen.

2. Herausforderungen der empirischen Fundierung

Ein Blick in die Forschung zu verschiedenen Formen der Aufgabenteilung zwischen getrennt lebenden Eltern und Nachtrennungslösungen macht schnell deutlich, dass sich dogmatische Haltungen nicht sauber empirisch fundieren lassen.

Namentlich lassen sich Modelle, in denen die Kinder unter der Obhut beider Eltern aufwachsen, nicht per se als kindeswohlförderlicher nachweisen als andere. Die Sache ist komplex, was zu entsprechenden Knackpunkten der empirischen Bearbeitung führt.

Der Wandel im Familienrecht und in Familienrealitäten verläuft nicht synchron und linear. Entsprechend schwierig ist es, längsschnittliche Analysen zu machen und vorher-nachher Vergleiche zu ziehen.

Die Ergebnislage ist oft nicht eindeutig und taugt nicht für einfache Aussagen. Viele Fragen, die sich im Zusammenhang mit symmetrischen und asymmetrischen Lösungen bei der alltäglichen Betreuung und Erziehung stellen, sind noch nicht spezifisch erforscht. Zudem bestehen fließende Übergänge zwischen Lösungen mit einem Lebensmittelpunkt des Kindes zu Lösungen mit zwei Lebensmittelpunkten (vom Residenzmodell zum Wechselmodell/zur alternierenden Obhut). Das gleiche gilt für die asymmetrische bzw. symmetrische Aufgabenteilung zwischen Eltern. Besonders herausfordernd ist es, Familiendynamiken im Zusammenwirken mit Familienformen vor und nach der Trennung von Eltern zu erforschen. Einige Erkenntnisse dazu liegen jedoch vor.

In der Forschung bzw. im Umgang mit Ergebnissen werden Konzepte und Begriffe teils nicht ausreichend unterschieden. Dies gilt z.B. für die gemeinsame

elterliche Sorge und die alternierende Obhut. Dies hat zur Folge, dass manchmal nicht klar ist, was eigentlich untersucht wurde und worauf sich Ergebnisse beziehen.

Teils werden die Wahl und die Beschreibung der untersuchten Gruppe(n) entweder in der Studie selbst oder in einer Bezugnahme auf Ergebnisse nicht nachvollziehbar dargestellt. Teils wird nicht berücksichtigt, dass eine bestimmte Stichprobe eine Vorselektion im Hinblick auf eine bestimmte Fragestellung bedeutet.

Ein typisches Beispiel dafür wäre die Untersuchung von Eltern mit und ohne gemeinsamer elterlicher Sorge und die nachfolgende Preisung der elterlichen Sorge als konfliktlösend, obwohl die elterliche Sorge nur bei tiefem Konfliktniveau zugesprochen wurde. Mit diesem Beispiel ist ein weit verbreitetes Problem im Umgang mit Ergebnissen angesprochen, nämlich das unzulässige Folgern kausaler Zusammenhänge und das Ziehen von Zirkelschlüssen. Generell besteht bei komplexen Sachverhalten die Gefahr, empirische Ergebnisse zu (über)generalisieren.

Die Ausführungen im letzten Abschnitt unterstreichen wichtige Desiderate an die Forschung und den Umgang damit. Zentral ist ein ergebnisoffener Zugang. Die Vorgehensweise und die angewandten Methoden sind sorgfältig darzustellen. Bei der Interpretation der Ergebnisse ist Sorgfalt geboten. Ein selektives Ergebnispicken ist unlauter. Die Offenlegung des eigenen Hintergrunds und ggf. Standpunkts sollte bei den Forschenden und bei den NutzerInnen von Ergebnissen selbstverständlich sein.

3. Problematische Aspekte der alternierenden Obhut

a) Der zweischneidige Wert von Modellen

Modelle sind zweischneidig. Sie können eine programmatische Wirkung haben, Impulse geben und die Entwicklung neuer Praktiken anstossen. Sie können jedoch im Gegenteil einengend sein und einfältigen „Lösungen“ Vorschub leisten. Modelle können dogmatisches Denken bedienen und damit den Kampf um Prinzipien. Sie behindern dann die Erarbeitung passender, individueller Arrangements. Diese Gefahren bestehen auch beim Modell der alternierenden Obhut. Familien und Wohnformen waren und sind so vielfältig, dass sie sich im Einzelfall nur annähernd in einem Modell fassen lassen.

Die Grundlage und die Wirkung eines Modells sollten kritisch hinterfragt werden, egal ob es um das 14-tägige Besuchsrecht oder um die alternierende Obhut geht. Zu bedenken ist dabei mit Blick auf gesellschaftliche Verhältnisse stets, dass sich Einstellungen oft nicht im Gleichschritt mit Verhalten ändern – und zwar in beide Richtungen. So ist es wahrscheinlich, dass auch während der Zeit des dominanten Ernährer-/Hausfraumodells, einige Paare eine andere, individuelle Aufgabenteilung gelebt haben und manche Väter für ihre Kinder sehr präsent waren. Umgekehrt scheint die Veränderung in der tatsächlichen Aufgabenteilung zwischen Müttern und Vätern nicht unbedingt mit dem entsprechenden Einstellungswandel Schritt zu halten.

Die staatliche Anordnung eines Modells zur Gestaltung des Familienlebens birgt zudem die Gefahr struktureller Gewalt von Fachpersonen und Entscheidungsträgern gegenüber Betroffenen. Zwar schafft der rechtliche Rahmen Leitplanken, insbesondere auch für konflikthafte Situationen. Trotzdem sind gute Praktiken keine Patentlösungen und erst recht keine Notlösungen für strittige Fälle. Wenn das Modell der alternierenden Obhut dafür herhalten muss, so läuft nach meiner Erfahrung in erster Linie das Wohl des konkret betroffenen Kindes Gefahr, aus dem Blick und unter die Räder zu geraten.

b) Fragwürdige Indikationen für die alternierende Obhut

Das Wechselmodell als (rechtlicher) Regelfall kann negative Folgen für die Kinder haben und die Rechte von Kindern verletzen. Darauf weisen Erfahrungen aus Australien, Schweden und Dänemark hin. Die alternierende Obhut ist eine (höchst) fragwürdige Regelung, wenn sie dem Kind übergestülpt wird und seine Meinung gar nicht erst erfragt oder abgewertet wird. Die leider in diesen Fällen verbreitete Begründung, der Wille des Kindes sei nicht autonom, ist mehr als fadenscheinig (Wer hat im Kontext von Beziehungen einen autonomen Willen und in welchem Ausmass?). Tatsache ist, dass bereits junge Kinder sich zu ihrer Situation äussern können. Sie können widersprüchliche Gefühle, Ideen, Wünsche und Bedürfnisse dazu haben. Im Umgang damit sind sie auf Erwachsene angewiesen, die das erkennen und ernst nehmen. Ist das Kind einem Interessenskonflikt der Eltern ausgesetzt, hat es Anrecht auf eine eigene Vertretung und fachliche Unterstützung.

Die alternierende Obhut als angeordnetes Modell beinhaltet noch keine lebbare Lösung. Unterstützend ist es hingegen, wenn rigide Vorstellungen hinterfragt, Vorurteile thematisiert und Lösungsvarianten aufgezeigt werden. So lässt sich etwa die Vorstellung, dass junge Kinder nur von der Mutter betreut werden können und sollten, nicht halten. Allerdings stellt es eine sehr grosse Anforderung an eine Mutter dar, die Verantwortung für ein Kind im Alltag mit dem Vater zu teilen, wenn die Trennung erfolgte, bevor das Paar sich als Eltern hat finden können. Soll in diesen Fällen trotzdem eine gemeinsame Elternschaft prinzipiell und im Konkreten wachsen, ist meistens fachliche Unterstützung nötig. Dies wurde in den USA bereits bei den ersten Diskussionen um die gemeinsame elterliche Sorge nach der Trennung von Eltern von Fachleuten erkannt.

Als ausgesprochen fragwürdige Ausgangslage erachte ich, wenn die Anordnung der alternierenden Obhut die Basis für ihr Gelingen selbst schaffen soll. So wenig wie die gemeinsame elterliche Sorge die Kooperation der Eltern per se verbessert, kann dies die alternierende Obhut leisten. Vielmehr besteht die Gefahr, dass das Kind das elterliche Manko an sozialer Kompetenz und Empathie ausbaden muss.

c) Kontraindikationen für die alternierende Obhut

Aus der Forschung zu Häuslicher Gewalt lassen sich klare Kontraindikationen für Lösungen im Sinne der alternierenden Obhut ableiten, seien sie einvernehmlich oder angeordnet. So ist bei Gewalt-Macht-Kontroll-Dynamiken zwischen den Eltern höchste Vorsicht geboten. Dies gilt ausdrücklich auch gerade dann, wenn es sich um vordergründig „einvernehmlich symmetrische“ Arrangements handelt. Rachemotive und Machtdemonstrationen seitens der Eltern sind für Kinder höchst verstörend und gefährdend. Sie stellen aus psychologischer Sicht ebenfalls eine klare Kontraindikation für alternierende Betreuungslösungen dar.

Selbstverständlich ist die alternierende Obhut auch kontraindiziert, wenn für das Kind die Gefahr der direkten (evtl. erneuten) Misshandlung oder Vernachlässigung durch einen der Elternteile besteht.

III. Tragfähige, flexible Lösungen erarbeiten und umsetzen

Unabhängig davon, wie symmetrisch oder asymmetrisch Eltern ihre Aufgaben teilen wollen und können, lassen sich Aussagen dazu machen, was zu einer tragfähigen Regelung beitragen kann. Im Folgenden wird zusammenfassend dargestellt, was dafür seitens des Kindes, der Eltern und der Fachpersonen bedeutsam erscheint.

a) für Kind /Jugendliche(n) wichtig:

- sich einbringen können und informiert werden
- im Umgang mit widersprüchlichen Wünschen, Gedanken, Gefühlen, Erfahrungen unterstützt werden
- sich in den Wohnungen beider Eltern wohl bzw. zu Hause fühlen
- mittelfristige Veränderbarkeit der Regelungen
- altersabhängig sich verändernde Bedürfnisse werden beachtet
- eine (glaubhaft) tragfähige emotionale Brücke zwischen den Eltern erleben (vgl. Metapher und Illustration v. J. Schreiner)
- beide Eltern als selbstwirksam erleben
- keine/r in der Familie ist ohnmächtig, wird abgewertet oder geplagt
- fachliche Unterstützung nach Bedarf erhalten, ggf. werden Wechsel begleitet
- keine Hauruckübungen, keine erzwungenen „Lösungen“, keine paradoxen Interventionen auf Kosten des Kindes
- nicht als durchschneidbarer gordischer Knoten behandelt werden
- Lebensbereiche haben, die von der elterlichen Trennung und allfälligen Wechseln zwischen zwei Lebensorten nicht tangiert werden

b) Seitens der Eltern wichtig:

- finden Lösungen, die sich an der Lebensrealität aller Beteiligten orientieren
- respektieren das Erleben und die Sicht des Kindes

- sind willens und fähig, sich gegenseitig in verschiedensten Belangen zu ergänzen (anstatt sich gegenseitig anzuklagen)
- können eine verbindliche und zugleich flexible Regelung finden und umsetzen (nicht beliebig, nicht starr)
- kennen verschiedene Beispiele guter Praxis und gelungener Lösungen
- sind beide keine PrinzipienreiterInnen
- sind nicht miteinander in eine destruktive Dynamik verstrickt
- tragen beide zum Alltag und zum Unterhalt des Kindes bei, was jedem/jeder möglich ist
- der/die besser Verdienende ist in finanziellen Belangen grosszügig (keine Rappenspalterei!)
- tragen ein allfälliges finanzielles Manko gemeinsam und so, dass das Kind möglichst wenig beeinträchtigt wird

c) Wichtig seitens Entscheidungsträger/innen und Fachpersonen:

- orientieren sich im Einzelfall handlungsleitend am Wohl und Interesse des Kindes /der Kinder
- pflegen Lösungsoffenheit in der Beratung
- haben ein Hypothesenbewusstsein: „es könnte auch anders sein“
- anerkennen Vielfalt an Familienformen, vor und nach Elterntrennung
- sind im Umgang mit Forschungsergebnissen sorgfältig
- reflektieren das eigene Bewerten und Handeln
- pflegen eine undogmatische Informationsvermittlung
- kennen verschiedene Arrangements sowie jeweils günstiger, ungünstiger Voraussetzungen
- unterstützen das Finden zeitgemässer Lösungen für individuelle Kinder, Eltern und Familien
- wägen sorgfältig ab, was dem Kind zumutbar ist und was es überfordert
- reflektieren eigene negative Gefühle: treffen keine Entscheidungen, die vornehmlich durch Gefühle des Drucks, des Ärgers oder der Ohnmacht getragen werden.

Vorläufiges Fazit

Wenn Eltern einvernehmlich sowohl grundsätzlich als auch praktisch ihre Verantwortung und ihre Aufgaben teilen und ihre Regelung den tatsächlichen Lebensumständen entspricht, kommt dies ihrem Kind / ihren Kindern und ihnen selbst sehr zu Gute.

Aus meiner Sicht ist es die Aufgabe von Behörden, Gerichten und Fachinstitutionen, die Familien zu unterstützen, individuelle Lösungen zu finden, die dem übergeordneten Interesse des Kindes entsprechen sowie zum Befinden, zur Lebenssituation und zu den Lebensentwürfen aller Beteiligten passen. Modelle können Ideen liefern und programmatisch wirken. Als Lösung im Einzelfall taugen sie nicht.

Wenn die alternierende Obhut vom Gericht oder einer Kinderschutzhbehörde auf einen Antrag hin geprüft wird, ist es aus psychologischer Sicht unumgänglich, Umsetzungslösungen zu erarbeiten und diese insbesondere mit Blick auf das Kind genau und konkret unter die Lupe zu nehmen.

Zusammenfassung: *Im Beitrag wird kritisch diskutiert, warum das Modell der alternierenden Obhut nach Trennung der Eltern als Lösung für den Regelfall weder tauglich noch erstrebenswert ist. Postuliert werden individuelle Lösungen für individuelle Familien. Es wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen eine ausgeglichene elterliche Aufgabenteilung für alle Beteiligten vorteilhaft sein kann.*

Weiterführende Literatur (Auswahl)

Amato, P.R. (2010). Research on divorce: continuing trends and new developments. *Journal of Marriage and Family*, 72(3), 650–666.

Büchler, A. et Simoni, H. (dir.) (2009). *Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge*. Zürich, Suisse: Rüegger.

Büchler, A. (2015). *Elterliche Sorge, Besuchsrecht und Häusliche Gewalt. Die Zuteilung der elterlichen Sorge und zivilrechtliche Aspekte der Ausgestaltung der elterlichen Kontakte zu Kindern bei Trennung nach häuslicher Gewalt, Gutachten*. Berne, Suisse: Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG.

Bürgisser, M. (2014). *Gemeinsam Eltern bleiben - trotz Trennung oder Scheidung*. Berne, Suisse: Hep Verlag.

Fichtner, J. et Salzgeber, J. (2006). Gibt es den goldenen Mittelweg? Das Wechselmodell aus Sachverständigensicht. *FPR (Familie Partnerschaft Recht)*, 7, 274-284.

Kindler, H. (2013). Partnergewalt und Beeinträchtigungen kindlicher Entwicklung: Ein aktualisierter Forschungsüberblick. Dans B. Kavemann et U. Kreyszig (dir.), *Handbuch Kinder und häusliche Gewalt* (p. 27-46). Wiesbaden, Allemagne: Springer VS.

Kostka, K. (2014). Neue Erkenntnisse zum Wechselmodell?: zugleich eine Rezension von Hildegund Sünderhauf «Wechselmodell - Psychologie - Recht - Praxis». *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe*, 2, 54- 61.

Salzgeber, J. et Schreiner, J. (2014). Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung. *FamPra*, 15, 66-91.

Sünderhauf, H. (2013). *Wechselmodell: Psychologie-Recht-Praxis. Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung*. Wiesbaden, Allemagne: Springer VS

Von Klitzing, K. et Bürgon, D. (2005). Parental capacities for triadic relationships during pregnancy: Early predictors of children's behavioral and representational functioning at preschool age. *Infant Mental Health Journal* 2005, 26(1), 19-39.

Zemp, M. et Bodenmann, G. (2015). *Partnerschaftsqualität und kindliche Entwicklung. Ein Überblick für Therapeuten, Pädagogen und Pädiater*. Berlin, Allemagne: Springer.

Les familles dansent. Quelques réflexions finales sur la parentalité et la filiation.

Jacques FIERENS

Professeur aux Universités de Namur et de Liège, Belgique

Juriste et philosophe

«Danser dans les chaînes», se rendre la tâche difficile, puis répandre par-dessus l'illusion de la légèreté, tel est le talent qu'ils veulent nous montrer.

F. Nietzsche, *Humain, trop humain*, II, «Le voyageur et son ombre», § 140.

La danse des familles

Avez-vous remarqué que la manière dont les adultes dansent, selon le temps et le lieu, dit quelque chose d'eux-mêmes, des couples, des familles, de leur rapport à la société? Pendant des siècles et des décennies, les couples, composés nécessairement d'une femme et d'un homme, ont dû s'habiller selon un code prédéterminé et, par la danse traditionnelle ou la danse de salon, se conformer à une succession de gestes et de pas destinés à produire des figures d'ensemble réputées harmonieuses. Dans les années soixante et septante, en même temps que le statut de la femme et de l'homme changeait profondément dans les pays dits «occidentaux», notamment à cause de ce qu'on appelle la «maîtrise de la fécondité» qui a constitué un élément déterminant d'émancipation, les couples inventaient leur danse dans des rock'n'roll souvent effrénés, sans guère se soucier de bousculer les voisins. Il fallait cependant encore être deux pour danser et nul n'aurait songé à s'afficher, en dehors des endroits spécialisés, avec quelqu'un du même sexe. Puis vint le temps de la danse que nos étudiants pratiquent aujourd'hui: dans une musique souvent obsessionnellement rythmée, rapide et scandée comme la vie quotidienne, ils dansent seuls, fondus dans la masse en mouvement, bras levés comme des personnes tombées à la mer, parfois, mais pas longtemps, face à un ou une autre, femme ou homme, peu importe.

Les familles dansent, elles aussi, au rythme de leur époque, selon la mode du moment qui les uniformise à leur insu malgré leurs différences. Quelles formes de parentalité produit la danse des familles aujourd'hui? Surtout, quelle place laissera-t-elle à l'enfant qui un jour, on l'espère, s'amusera, lui aussi, à danser comme un noyé?

Des familles nouvelles

Je viens d'un pays où la cohabitation de fait est courante et socialement bien acceptée depuis une cinquantaine d'années, qui prétend avoir institué le «droit au

divorce» en 2007 parce qu'il serait normal, selon la ministre porteuse, à l'époque, du changement législatif, qu'un adulte connaisse plusieurs vies matrimoniales¹. C'est un encouragement explicite à la polygamie «successive», selon l'expression adéquate d'un de mes amis africains qui est, lui, polygame «simultané». La cohabitation légale a été instaurée en 1998² pour anticiper l'admission du mariage des personnes de même sexe, autorisé depuis 2003³, sans que cela ait déclenché beaucoup d'émoi, mais aussi, peut-être, sans qu'on ait aperçu à quel point cette modification législative changeait radicalement la nature du mariage. Ledit mariage est une forteresse assiégée, prétend-on: ceux qui sont dedans veulent sortir et ceux qui sont dehors veulent rentrer.

En Belgique, presque la moitié des enfants naissent d'une mère non mariée⁴. L'adoption par des personnes de même sexe est autorisée depuis 2006⁵. La procréation médicalement assistée a consacré depuis 2007 la parenté d'intention contre la parenté biologique, celle des «auteurs du projet parental» contre celle des donneurs de gamètes⁶. Une troisième forme de filiation existe depuis la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente⁷, c'est-à-dire celle à l'égard de l'épouse ou de la compagne de la mère. L'interdiction d'établir la double filiation d'un enfant incestueux a été tempérée par la Cour constitutionnelle au nom de l'intérêt de l'enfant⁸. Les débats menés autour de la «parenté sociale» laissent entrevoir le jour où le nombre de parents d'un enfant ne sera plus légalement limité à deux, ce qui est déjà le cas dans l'adoption simple.

Et s'il faut toujours neuf mois pour faire un bébé, on n'aime plus trop attendre que les enfants deviennent des adultes, alors le droit belge leur a donné le pouvoir, dès douze ans⁹, d'accepter ou de refuser d'être reconnus, ce qui revient en pratique, s'ils sont nés hors mariage (une chance sur deux, donc), d'accepter ou de refuser leur père. A se demander si le législateur belge a déjà vu un enfant de douze ans ou s'il sait que Freud a existé et relevé quelques éléments qui restent intéressants, au sujet du triangle œdipien, même si l'explorateur de l'inconscient est de plus en plus contesté.

¹ Loi du 12 avril 2007 réformant le divorce.

² Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale.

³ Loi du 13 février 2013 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil.

⁴ Pour les statistiques relatives à la composition des familles en Belgique, voy. le site du Service public fédéral Economie, <http://economie.fgov.be/fr/statistiques/chiffres/population/>.

⁵ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe.

⁶ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

⁷ Le nom de la loi est évidemment curieux. La loi n'établit pas la filiation de la coparente, mais celle de l'enfant à l'égard de celle-ci.

⁸ Fierens, J. (2015). Parenté et conditions du mariage. La Cour constitutionnelle est-elle névrosée? Dans coll., *Cour constitutionnelle et droit familial* (p. 131-158). Louvain-la-Neuve, Belgique: Anthémis.

⁹ Art. 329bis du Code civil. Le principe a été instauré par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, qui retenait l'âge de quinze ans. Celui-ci a été ramené à douze ans par la loi 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci.

L'autorité parentale conjointe est la règle depuis 1995¹⁰, soit depuis 21 ans. La garde égalitaire, que nous appelons l'hébergement égalitaire, a la faveur du législateur depuis 2006 à travers un libellé qui témoigne cependant de ses hésitations. L'article 374 du Code civil porte qu'«à défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents. Toutefois, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un hébergement non-égalitaire.¹¹»

Quelques traits communs aux familles d'aujourd'hui

Une opinion courante est dès lors qu'on ne saurait encore évoquer aujourd'hui le droit de «la famille», mais qu'il convient d'envisager le droit «des familles». Ce ne saurait être faux. On peut cependant relever des caractéristiques communes à ces familles «nouvelles», et chercher ensuite quelle part elles réservent à l'enfant. La Suisse semble parfois un peu en décalage avec la Belgique, certaines réformes législatives aussi audacieuses que celles qui sont intervenues dans le Plat pays étant encore attendues par certains, mais ces caractéristiques communes la concernent aussi.

Premier trait: la puissance de la volonté individuelle, celle des adultes, détermine la constitution des familles. Cette volonté n'est pas sans rapport avec la volonté de puissance affirmée par Nietzsche comme constitutive de l'humain¹². Or, le «philosophe au marteau» est celui qui a pensé l'individualisme à son extrême. La volonté de l'individu est celle qui préside aux choix de sa vie, y compris au choix de ses valeurs. L'individu se pose lui-même dans l'être et décide de son destin. La frontière entre le bien et le mal, entre le bon et le mauvais, ne se situe pas à l'extérieur de lui, mais dans ce qu'il appelle sa liberté. Le devenir n'a pas de loi. Que tout ce qui arrive soit parce que je le veux ! La relation humaine, donc la relation familiale est l'exercice d'une puissance.

Deuxième trait: si vivre ensemble, au sein de la société politique ou en couple, n'a finalement rien de spontané, mais résulte d'un pur acte de volonté, c'est le contrat qui est censé rendre compte de toutes les relations. L'être humain est considéré comme étant un individu isolé dans un hypothétique état de nature, le lien social ne pouvant exister que par la convention. L'accord de deux ou plusieurs volontés individuelles explique aussi bien le vivre-ensemble au sein d'un peuple (pensez aux

¹⁰ Loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

¹¹ Art. 374, § 2, al. 1er et 2, du Code civil. Les travaux préparatoires montrent que les opinions très divergentes des uns et des autres, y compris des « experts », au sujet de l'opportunité d'ériger l'hébergement égalitaire en principe, a fait l'objet d'un compromis auquel la Belgique est habituée.

¹² « Où j'ai trouvé de la vie, j'ai trouvé la volonté de dominer, et jusque dans la volonté du serviteur, j'ai trouvé la volonté d'être le maître. (...) Et sacrifices, et services rendus, et regards amoureux, se sont encore des manifestations du vouloir de puissance. » » (Nietzsche, F. (1969). *Ainsi parlait Zarathoustra, De la maîtrise de soi*, vol. 1 (p. 249 et 251). Paris, France: Aubier-Flammarion.

contractualistes des XVIe-XVIIIe siècles: Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau) que les relations familiales.

Le contrat est même ce qui permet d'échapper à la «nature». La longue querelle, à propos du mariage, entre «contractualistes» (le mariage est un pur contrat) et «institutionnalistes» (le mariage est l'adhésion à une institution naturelle), qui remonte au moins à Augustin d'Hippone, est totalement mise en veilleuse aujourd'hui, parce que chacun voit qui a gagné: l'union matrimoniale n'est plus vue que comme un contrat, comme le divorce d'ailleurs, au point qu'il paraîtrait ringard d'en encore le contester. Les contrats fondateurs des familles sont plus que jamais coupés de cette énigmatique «nature» qu'il est au demeurant très périlleux d'évoquer en matière familiale, qui est reléguée dans le seul domaine de l'écologie et de l'environnement, où elle s'impose avec d'autant plus de force qu'elle a quitté les autres représentations de l'humain et du monde dans lequel celui-ci vit.

C'est cette idéologie du contrat qui explique encore l'encouragement massif, par le droit, des procédures amiables, des conciliations, des médiations et autres modes alternatifs de règlement des conflits, qui ont des avantages mais peuvent aussi signifier l'abdication des juges en faveur des psys. Ce qui est en cause, plutôt que l'émergence d'une bienveillance pacifiste, est la représentation même du couple, de son union et de sa désunion. Puisqu'il ne s'agit plus de dire qui a violé la loi mais comment se dégager par un accord futur d'un accord précédent devenu encombrant, les juristes et les juges estiment qu'ils ne sont plus à la hauteur. Mieux vaut s'adresser aux spécialistes de la communication.

Troisième trait: le but du contrat est «l'épanouissement personnel», le sien avant tout, ce qui est une autre conséquence évidente de l'individualisme. Le pacte vise le plus souvent l'utilité, l'intérêt et les avantages que chacun des partenaires peut y trouver. C'est à condition de recevoir que l'on accepte de donner. La famille est pensée à partir de l'adulte, homme adulte, femme adulte, sans que soit interrogé ce qui pourrait faire le lien familial au-delà de la volonté de ces adultes, notamment avec les enfants. Chacun se regarde le nombril transformé en thermomètre à épanouissement¹³.

Quatrième trait: tout ce qui ne change pas est suspect. Tout doit aller vite. Les familles vivent un nouveau rapport au temps. Le droit, qui n'est qu'un écho du monde qui le produit, doit par conséquent changer constamment aussi, pour être crédible, ce qu'il fait à travers ce que j'appelle des lois «micro-ondes», dégelées à toute vitesse, comme si elles pouvaient rivaliser avec les lois mijotées à petit feu comme des carbonnades flamandes. Ce temps qui s'accélère sans cesse, comme le temps qui

¹³ Je note au passage que, comme précisément l'enfant risquait d'être, dans ce contexte, oublié, le législateur belge a réussi l'exploit de faire de «l'épanouissement» un droit de l'enfant dont les parents sont les débiteurs: «Les père et mère sont tenus d'assumer, à proportion de leurs facultés, l'hébergement, l'entretien, la santé, la surveillance, l'éducation, la formation et l'épanouissement de leurs enfants.» (Art. 203 du Code civil, tel que modifié par la loi du 19 mars 2010 visant à promouvoir une objectivation du calcul des contributions alimentaires des père et mère au profit de leurs enfants.)

passé de plus en plus vite au fur et à mesure de la vieillesse, n'est pas celui de l'enfance.

Cinquième trait: l'idée d'égalité implique l'indifférenciation. La conception de l'égalité qui prévaut au sein de la société en général comme au sein du couple est celle de l'identité pensée comme absence de différence. La querelle est vieille comme la philosophie et capitale pour le droit: si celui-ci a quelque chose à voir avec la justice (ce dont, de tout temps, certains ont pourtant douté¹⁴), la justice est une sorte d'égalité, mais l'égalité signifie-t-elle l'identité, l'indifférenciation?

C'est pourtant d'une identité qu'il s'agit aujourd'hui dans les conditions du mariage (l'âge légal est devenu le même), entre les couples hétérosexuels, homosexuels, transgenres (honne soit qui discriminerait les uns ou les autres), dans la gestion des avoirs du ménage (aucune prépondérance du mari comme avant), en matière d'autorité parentale (maman a exactement les mêmes droits que papa et inversement), dans les causes du divorce quand il en existe juridiquement encore.

Certain féminisme et les droits de la famille ne distinguent plus clairement quels droits doivent être les mêmes parce qu'ils se rattachent à ce qui est le même chez les femmes, les hommes et les enfants, avant tout certains droits fondamentaux qui touchent à leur humanité commune, et ce qui doit être différent parce que les femmes, les hommes et les enfants ne sont pas les mêmes sous tous les aspects, malgré la mode envahissante de la métrosexualité juridique. Je trouve qu'il est juste que le congé de maternité soit plus long que le congé de paternité. Je trouve qu'il est hypocrite de rendre identiques formellement, au nom de la justice, les règles de la reconnaissance d'un enfant par une femme et par un homme¹⁵, parce qu'il est rarissime en fait qu'une femme reconnaisse son enfant, mais qu'il est très fréquent qu'un homme établisse ainsi sa paternité. Je trouve qu'il est juste que femme et homme aient le même droit de voter. Je trouve qu'il est juste qu'un enfant ne vote pas.

Le droit de la famille confond égalité et identité. Une des conséquences est qu'il en devient asexué. La différence et la complémentarité entre le masculin et le féminin comme compréhension de soi, de l'autre, du monde, que toutes les grandes cultures inscrivent au plus profond d'elles-mêmes, est occultée par le droit, et cela c'est une véritable nouveauté. On exige actuellement des filles qu'elles donnent ce qu'elles donnaient traditionnellement (leur courage, leur sensibilité, leur beauté, le soin aux enfants) et en plus ce que l'on attendait des garçons (la protection, l'autorité, la profession, les revenus). Les garçons, les hommes se morfondent parce que, eux, ne savent plus qui ils sont.

¹⁴ Selon Platon, Thrasymaque de Chalcédoine soutenait: « Voici ce que, moi, je déclare être la justice: rien d'autre que ce qui profite au plus fort. » (Platon (1950). La République. Dans Platon, *Œuvres, tome 1* (338c-339a). Paris, France: Gallimard, Bibl. de la Pléiade. On n'en finit pas de discuter la pertinence de cette thèse.

¹⁵ C'est ce qu'a fait l'article 329*bis* du Code civil belge, au nom de l'égalité entre hommes et femmes.

Il faut repenser le féminin et le masculin. La critique de Platon n'est pas dépassée, qui souligne que l'idée d'égalité qui consisterait à attribuer à chacun une part «égale quant à la mesure, au poids et au nombre¹⁶» est moins éminente que d'attribuer à chacun son dû, formule que le droit est censé appliquer constamment. Et pourtant, si vous relisez *La République*, vous saurez qu'il est très féministe pour son temps¹⁷. Certes, la transformation des rôles sociaux n'est pas un drame et se justifie souvent. Je ne suis pas en train de dire qu'il faut confier la garde des enfants aux mères et pas aux pères. Mais plus fondamentalement, et c'est autrement interpellant, la différence sexuelle est niée. Or, le sexe, c'est la vie, parce qu'il concerne le désir, nous rappelle constamment que nous sommes des êtres incomplets dont l'existence suppose le différent, que ne plus désirer, c'est mourir, et qu'on ne peut désirer que ce qu'on n'est pas ou que ce que l'on n'a pas. La rencontre des sexes est force de vie parce que ceux qui se rencontrent se savent voués à la mort. «Sexe» vient de «*secatus*», séparé. Le sexe refuse la fusion et l'indifférenciation, il appelle la complémentarité et la relation. Il n'est pas étonnant que, dans d'autres domaines comme la publicité, le cinéma ou la bande dessinée, la différence entre les sexes soit hypertrophiée¹⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme, plus platonicienne et aristotélicienne que l'on croit, répète à l'envi que l'égalité et la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'égalité s'oppose par ailleurs à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes.

L'unité dans la diversité: le modèle libéral

Je ne prétends évidemment pas avoir épuisé les traits communs aux familles prétendument si différentes les unes des autres. J'aurais pu évoquer aussi la mobilité dans l'espace ou l'internationalisation des familles, mais ceux que j'ai relevés suffisent à ramener les mutations décrites à l'unité suivante: les droits de la famille proposent surtout une image de la famille adaptée aux conceptions sociales dominantes, où l'économie occupe une place prépondérante.

Les familles se caractérisent par l'individualisme et la volonté de changement, qui impliquent la libre concurrence des personnes puisqu'il est toujours possible de

¹⁶ Les lois, 757b. Voy. aussi Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1131a, 20 et ss.: la justice est une égalité proportionnelle et non arithmétique.

¹⁷ Voy. 454e et ss.

¹⁸ J'ai en tête un clip destiné à vanter une marque de whisky qui met en scène des joueurs de rugby écossais, torse nu et aboyant leur hakka viril avant de soulever leur kilt par devant pour impressionner l'adversaire, ou une publicité pour un parfum féminin que certaines adorent, dans laquelle une actrice célèbre s'approche de la caméra en se débarrassant de ses vêtements, en croisant les pieds et en écrivant 8.888 avec son derrière. On en sourit jusqu'à ce que l'on songe aussi au scandale des concours de « minimiss » qui tendent à proliférer et qui sont un aspect de la négation de la différence entre une femme et une petite fille.

changer de partenaire, la libre concurrence des modèles juridiques puisque l'un d'entre eux, le mariage, n'est plus valorisé par la loi. Le but affirmé à travers «l'épanouissement personnel» n'est rien d'autre que la désignation du bénéfice privé comme but de la relation, de la contractualisation des relations sociales. La volonté de la diversité, de la mobilité familiale entraîne évidemment la subsidiarité de l'intervention publique qui doit «laisser faire, laisser passer», autant que possible.

Ce qui unit les familles prétendument nouvelles, et par voie de conséquence les nouvelles parentalités, c'est qu'elles correspondent, trop évidemment pour que ce soit un hasard, aux présupposés du libéralisme, non pas au sens étriqué d'une tendance politique ou d'un programme dont se revendiquerait l'un ou l'autre parti politique, mais au libéralisme en tant qu'interprétation de l'humain et de la société, en tant que vision du monde¹⁹.

Je ne critique pas le libéralisme en tant que tel. Il a bien des défauts, mais il a aussi des qualités, dont la valorisation progressive de la personne humaine. Il a permis l'apparition des droits de l'homme et donc des droits de l'enfant. Mais ce que je lui reproche est de favoriser les doués, les battants, les gagnants, les intelligents, les riches, les puissants. Le libéralisme, les familles prétendument nouvelles, le droit de la famille n'aiment pas les faibles. Ils supposent que vous êtes fort et attribue ses récompenses en proportion de votre puissance. C'est pour cela qu'il ne s'entend pas très bien avec les immigrés, avec les pauvres ou avec les enfants.

Les immigrés

La représentation des familles, dans nos régions, néglige celles qui se sont constituées sous d'autres latitudes, ce qui provoque d'ailleurs bien des malentendus lorsque les modèles entrent en confrontation, par exemple lorsqu'un conjoint – souvent la femme – entend redéfinir son rôle et sa place, ou quand les enfants «issus de l'immigration» adoptent d'autres modes de vie que ceux de leurs parents. Les tribunaux doivent parfois intervenir parce que la tension entre les modèles culturels tourne à l'incompréhension. Les décideurs du Nord de la planète, législateurs ou juges, sont alors souvent persuadés que leurs conceptions de la famille sont plus «évoluées» que celles des justiciables venus d'ailleurs. Ces derniers sont donc priés de s'«intégrer», dans ce domaine comme dans d'autres, opération qui consiste souvent à renoncer ou à faire semblant de renoncer à extérioriser leurs différences.

Ce n'est pas le moindre des paradoxes: on répète constamment qu'il convient d'accepter tous les modèles familiaux, mais cela ne vaut, semble-t-il, qu'entre nationaux et assimilés, ou entre gens de la même couleur, ou entre celles et ceux qui ont la même opinion au sujet du port du tchador. Les conceptions du terroir, c'est-à-

¹⁹ Pour cerner les traits du libéralisme en tant que doctrine philosophique et économique, je me suis inspiré assez librement de Vergara, F. (1992). *Introduction aux fondements philosophiques du libéralisme*. Paris, France: La Découverte et de Sandel, M. (1999). *Le libéralisme et les limites de la justice*. Paris, France: Seuil.

dire européennes ou nord-américaines, ont constamment tenu pour «barbares» les schémas familiaux venus de plus loin. Mais il est sans doute trop tôt pour demander aux juristes et surtout aux politiciens de ne plus penser exclusivement l'immigration en termes d'«assimilation», de «naturalisation», qui sont pourtant la négation même de cette pluralité tant vantée. Il y a un paradoxe irréductible à prétendre admettre tous les types de familles et à interdire la construction de minarets.

Les familles pauvres

Le droit de la famille contemporain est un droit pour les forts. La garde alternée suppose par exemple que les deux parents aient un logement assez spacieux pour accueillir les enfants, mais le problème est plus fondamental. De nombreux adultes n'ont pas, en fait, étant données les conditions économiques, sociales et culturelles qu'ils rencontrent, la possibilité de se marier ou pas avec qui ils veulent, de choisir le nombre d'enfants, d'organiser leur séparation temporaire ou définitive, d'héberger leurs enfants comme ils le voudraient, de recourir à la médiation, ... Tant et de tant de personnes, de femmes surtout, sont seules, ou seules avec des enfants, et ne l'ont pas choisi. On sait aussi, depuis des années déjà, que le divorce par consentement mutuel se fait plus rare lorsque l'on descend l'échelle sociale. Chacun est libre de choisir sa vie familiale, mais les lois relatives aux revenus garantis, quand elles existent, n'encouragent pas la formation ou la cohésion des familles, loin s'en faut²⁰.

La vie familiale sous toutes ses formes est consacrée comme droit fondamental évident, mais les conditions de regroupement familial pour les étrangers deviennent de plus en plus restrictives et font passer les conditions économiques bien avant la reconnaissance des liens, même juridiques, au sein des couples ou avec les enfants.

Le problème majeur est que tout contrat, pour sa validité, suppose l'égalité. Une égalité non seulement théorique, non pas de droit uniquement, non pas supposée²¹, mais de fait. Si celle-ci n'est pas avérée, le plus faible qui est souvent la plus faible (économiquement, psychologiquement), ou qui est un enfant, devient une victime.

Les droits de la famille sont faits pour ceux qui ont suffisamment de moyens matériels, culturels, politiques, par ceux qui ont suffisamment de moyens.

²⁰ Voy. à ce sujet, J. Fierens, J. (2007). Familles et aide sociale. Dans M.-Th. CASMAN et al. (dir.), *Familles plurielles. Politique familiale sur mesure?*(p.196-202). Bruxelles, Belgique: Luc Pire.

²¹ Il est remarquable que les philosophes contractualistes supposent tous une égalité de fait nécessaire à la validation du contrat social qu'ils imaginent. Voy. Chez Thomas Hobbes: « Tout bien considéré, la différence d'un homme à un autre n'est pas si considérable qu'un homme puisse de ce chef réclamer pour lui-même un avantage auquel un autre ne puisse prétendre aussi bien que lui. (Hobbes, T. (1971). *Léviathan*, XXX, p.121. Paris, France: Sirey). Chez John Locke: « Cet état est aussi un état d'égalité; en sorte que tout pouvoir et toute juridiction est réciproque, un homme n'en ayant pas plus qu'un autre. » (Locke, J. (1999). *Traité du gouvernement civil*, ch. 2, § 4, p. 143. Paris, France: Flammarion, coll. GF, 408.) Chez Rousseau, voy. la description de l'Etat de nature dans Rousseau, J.J. (1964). *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, 1^{re} partie. Dans Rousseau, J.J., *Œuvres complètes, t. III, Du contrat social, Écrits politiques* (p. 159-160), Paris, France: Gallimard, Bibl. de la Pléiade.

Les enfants

Le droit existe plus que jamais au sens subjectif: «mon droit». C'est le droit comme pouvoir individuel, exercé sur l'autre. Le pouvoir sur autrui est le premier-né de l'individualisme. Il est, depuis le XVII^e siècle environ²², mais plus que jamais ces cinquante dernières années, l'expression du pouvoir des individus dans l'affirmation de leur puissance ou dans la négociation du lien social.

Le droit subjectif se croit fort en niant sa faiblesse. Il prétend s'affranchir de la dépendance à l'égard d'un ou d'une partenaire. Il refuse de reconnaître qu'un conjoint dépend de l'autre, que si les enfants dépendent à l'évidence des adultes, les adultes dépendent aussi des enfants, à tout âge des uns ou des autres, pour accéder à ce fameux bonheur, ce foutu «épanouissement personnel». La toute-puissance de l'individu prométhéen se heurte à l'altérité fondamentale de ses proches, de l'autre qui est aussi sujet de droit, qui a un visage que l'on ne voit pas si l'on se regarde soi-même.

Le sujet de droit, le titulaire du droit subjectif, vit dans l'illusion que toute faiblesse et toute dépendance est un mal, qu'il doit être en permanence fort, autonome au sens idiot de se donner sa propre loi, d'être seul maître de sa vie, de sa mort et du monde, et il se trompe. L'enfant, si dépendant, si peu autonome, le sait. Il sait que sa fragilité même est une force, mais il regrette déjà le monde des adultes où tout est puissance sur autrui. Reconnaître que nous sommes des êtres incomplets, que nous avons besoin de nos partenaires et de nos enfants pour devenir ce que nous sommes, voilà ce qu'il nous demande.

La filiation signifie fondamentalement que, justement, nous ne créons pas le monde dans lequel nous venons, qu'il était déjà là avant nous comme le langage et le droit, qu'il y a toujours déjà des autres dont nous dépendons, que nous ne nous posons pas nous-mêmes dans l'existence comme le prétend l'individu nietzschéen.

C'est pour cette raison que l'enfant essaiera toujours d'échapper au pouvoir, aux luttes de pouvoir, ce qui veut souvent dire aux disputes de ses parents. S'il succombe lui-même aux tentations du pouvoir, il est insupportable. Il cherche un lien de parenté qui n'est pas puissance paternelle ou autorité parentale, et il a raison. Dans toutes les affaires familiales, c'est la stratégie fondamentale de l'enfant: comment échapper au rapport de force? C'est pour cela qu'il se concerte avec ses frères et sœurs avant d'être entendu, qu'il fait semblant de ne pas entendre certaines questions des travailleurs sociaux ou des juges quand ceux-ci croient naïvement lui permettre

²² Grotius a parfaitement exprimé la notion de droit subjectif qui s'impose à son époque, mentionnant précisément la puissance paternelle: « Les juriconsultes désignent la faculté par l'expression de sien; pour nous, nous l'appellerons désormais droit proprement ou strictement dit, qui embrasse la puissance publique tant sur soi-même – qu'on appelle liberté – que sur les autres, telles que la puissance paternelle, la puissance dominicale. » (Grotius, H. (1999). *Le droit de la guerre et de la paix*, Livre I, p. 35-36. Paris, France: PUF, coll. Quadrige/Léviathan.)

d'échapper à un conflit de loyauté. L'enfant essaie d'échapper à la logique de la dette et de la créance.

Il cherche à échapper au droit, parce que le droit est pouvoir. L'horizon des droits de l'enfant, qui tendent à renforcer celui-ci dans les rapports de pouvoir, est d'échapper aux droits de l'enfant pour gagner la possibilité d'être un enfant. La finalité des droits de l'enfant est que le mot «enfant» pèse plus que le mot «droits».

Certains penseurs ont cherché ce rapport à l'autre, dépourvu de tout pouvoir. Emmanuel Lévinas le devine à travers sa célèbre méditation sur le visage. Il écrit: «L'expression que le visage introduit dans le monde ne défie pas la faiblesse de mes pouvoirs, mais mon pouvoir de pouvoir. (...) Le visage me parle et par là m'invite à une relation sans commune mesure avec un pouvoir qui s'exerce.²³»

Peut-être faut-il chercher du côté du respect. Le Code civil belge énonce dans une disposition similaire à l'article 272 du Code civil suisse que «[l]'enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect.²⁴» Cette notion de respect est mise en exergue depuis l'Antiquité. Elle a été approfondie par Emmanuel Kant²⁵, par Vladimir Jankélévitch²⁶, entre autres. Je la trouve particulièrement intéressante pour une méditation sur le lien à l'enfant. Si l'on m'avait demandé mon avis, mais cela n'a pas été le cas, j'aurais plaidé pour que la notion de «respect de l'enfant» soit inscrite à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, plutôt que «l'intérêt de l'enfant» auquel j'ai toujours trouvé une allure un peu bancaire. J'aime l'expression allemande «*Kindeswohl*», le bien de l'enfant, qui me fait penser à Platon pour qui l'idée du Bien est la plus haute des Idées, qu'il faut apprendre à contempler²⁷. La référence au respect indique qu'elle tend à sortir du droit parce que, si elle figure dans les textes légaux, l'obligation de se respecter au sein de la famille ne comporte pas de sanction.

On peut aller encore plus loin en cherchant si le lien de parenté, le lien de filiation ne se trouveraient pas dans le contraire du pouvoir, dans l'impuissance du père et de la mère face au visage de son enfant. La parenté renvoie bien sûr à la sollicitude, à la tendresse que les parents éprouvent et qu'ils manifestent à l'égard de leurs enfants. Elle rappelle le père nourricier qui pourvoit au pain de chaque jour, et la mère qui abreuve ses petits, *alma mater*. Elle évoque aussi la force du chef de famille et la protection qu'il doit aux siens, la rondeur apaisante des seins et des bras de maman. Elle renvoie à l'autorité de celui qui éduque, punit et récompense le cas échéant, à la

²³ Levinas, E. (1991). *Totalité et infini, Essai sur l'extériorité*. Paris, France: Le Livre de Poche. L'ensemble du passage vaut d'être cité: « Le visage se refuse à la possession, à mes pouvoirs. Dans son épiphany, dans l'expression, le sensible, encore saisissable se mue en résistance totale à la prise. Cette mutation ne se peut que par l'ouverture d'une dimension nouvelle. En effet, la résistance à la prise ne se produit pas comme une résistance insurmontable comme dureté du rocher contre lequel l'effort de la main se brise, comme l'éloignement d'une étoile dans l'immensité de l'espace. L'expression que le visage introduit dans le monde ne défie pas la faiblesse de mes pouvoirs, mais mon pouvoir de pouvoir. Le visage, encore choses parmi les choses, perce la forme qui cependant le délimite. Ce qui veut dire concrètement: le visage me parle et par là m'invite à une relation sans commune mesure avec un pouvoir qui s'exerce, fût-il jouissance ou connaissance. » (p. 215-216).

²⁴ Art. 371.

²⁵ Voy. Kant, E. (1943). *Critique de la raison pratique*, p. 77 et ss. Paris, France: PUF.

²⁶ Jankélévitch, V. (1986). *Traité des vertus, vol. 2, Les vertus et l'amour*, p. 105-119. Paris, France: Bordas.

²⁷ Voy. le célèbre Mythe de la caverne, dans La République, 514a et ss.

médiation de la mère qui nuance et excuse. Elle évoque la responsabilité de décider pour ceux qui sont trop faibles ou encore trop jeunes pour choisir seuls leurs orientations de vie.

Mais la bonté venue d'en haut, la force, l'instance nourricière et économique, l'autorité et la tutelle risquent d'être encore trop proches de la relation légale et juridique. Je propose plutôt de chercher à deviner le plus intime de la relation de parentalité et de familiarité non dans la force du père ou le giron rassurant de la mère, mais dans leur faiblesse, dans leur impuissance face au mal et à la souffrance de leurs enfants, dans ce moment où la joie profonde d'avoir des enfants semble à tout jamais impossible. Je voudrais mobiliser non pas l'image du patriarche sûr de lui, plein d'expérience et de ressources, pourvoyeur de nourriture, bouclier de la famille contre les flèches ennemies, non pas l'image de la mère-lionne prête à tous les carnages pour ses petits, de la femme qui, dit-on, soulève des camions si son enfant a été écrasé par lui, mais celle du papa et de la maman qui n'en peuvent plus des errements quotidiens de leurs enfants, sans pouvoir intervenir. La détresse du chef de famille et de la mère nourricière qui voient que les leurs ont faim de nourriture, de paix ou de justice, mais qui n'ont plus rien à leur donner. Les parents qui assistent à la comparution de leur enfant devant le tribunal des hommes en sachant qu'un juge ne pourra jamais savoir qui est vraiment leur fils ou leur fille. Ou encore la figure du père ou de la mère qui savent leur fils ou leur fille livrés à la méchanceté des hommes, ou encore ces parents qui n'en peuvent plus de voir souffrir sur un lit d'hôpital cet enfant à qui ils ont donné la vie, ou qui n'ont pas de mots quand leur enfant se noie au large de la Turquie, petit d'homme jeté dans ce monde d'adultes, fou de pouvoir et de puissance, victime d'une innocence au-delà du dicible. Ces pères-là et ces mères-là voudraient tant pouvoir faire quelque chose, dire au juge que leur enfant n'est après tout qu'un bébé qui a grandi, détourner vers eux ceux qui lui font du mal, prendre sur eux le fardeau de la maladie imposé à leur rejeton, ou simplement rentrer chez eux et offrir une chambre rose ou bleue à leur enfant. Mais ils ne peuvent strictement rien faire.

Là est peut-être la parentalité, qui n'est pas une nouvelle forme de parentalité. Lorsque toute volonté de puissance a abdicqué, parce que les parents l'ont choisi par respect de l'autre ou parce que la vie et la mort le leur ont imposé, il ne reste que l'essentiel de la relation familiale, quelque chose d'assez simple à dire mais de très difficile à vivre. Peut-être est-ce ce que les gens qui n'ont pas peur des gros mots, qu'ils soient pauvres ou riches, étrangers ou nationaux, adultes ou enfants appellent l'amour.

Or, l'amour échappe radicalement au droit. La preuve en est que là où on s'attendrait peut-être à le voir mentionné par les textes, dans le droit familial ou dans

les droits de l'enfant, il n'y a jamais de droit à l'amour ou de devoir d'aimer²⁸. C'est que l'amour est ce qui se dérobe à la volonté de puissance, au pouvoir des uns sur les autres, à la pression des droits subjectifs des uns sur les droits des autres.

Mais si l'amour échappe si radicalement au droit et même aux droits de l'enfant, il vaut mieux s'arrêter d'en parler.

²⁸ Voy., sur ce thème, Fierens, J. (2007). Les arrêts de la Cour d'arbitrage comme jugement de Zeus, ou pourquoi le droit est sans amour. Dans P. Martens, *Liber amicorum, L'humanisme dans les conflits, utopie ou réalité?* (p. 911-926). Bruxelles, Belgique: Larcier.

Synthèse finale

Séverine CESALLI

Psychiatre, psychothérapeute d'enfants et d'adolescents, Martigny, Suisse

Introduction

Après lecture de ces contributions au présent volume sur le sujet “Les nouvelles formes de parentalité. Le temps du partage... et l'enfant?”, nous sommes mieux à même de répondre à la question suivante: la garde alternée est-elle une bonne solution pour l'enfant? La réponse est celle-ci: cela dépend, car il faut penser la question dans toute sa complexité.

1. Définition de la garde alternée

Selon le Tribunal fédéral suisse¹ et la Commission du Conseil de l'Europe sur l'égalité et la non-discrimination², la garde alternée se définit par la prise en charge de l'enfant de parents séparés de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, c'est à dire entre 30-70% (ou 35-65% selon les auteurs) et 50-50% du temps.

2. Historique juridique et comparaisons internationales

En Suisse, ce qui était appelé **garde partagée** est appelé **garde alternée** depuis 2016, date à partir de laquelle l'accord des deux parents n'est plus nécessaire pour son attribution. Le juge se doit d'envisager cette possibilité en toute situation de séparation.

En Belgique, l'**hébergement égalitaire** est favorisé dans la loi depuis 2006, en France, la **résidence alternée** depuis 2002. Au Canada, c'est en 2000 qu'entre en vigueur la nouvelle loi sur le divorce et que la **garde partagée** est favorisée.

3. Évolution sociologique

L'évolution des lois traduit une tendance vers une individualisation des droits et une égalisation des places. Les changements engendrent des résistances, avec des conflits entre tendances conservatrice et progressiste. La dominance dans nos sociétés reste celle d'une tendance à l'emprise de l'homme sur la femme et de la femme sur l'enfant. Il est donc parfois difficile pour la femme de lâcher l'emprise sur l'enfant et le sujet de la garde alternée est assez polémique.

4. Avantages et inconvénients de la garde alternée

¹ Salzgeber/Schreiner 2014, p. 68; Sünderhauf/Widrig 2014, p. 893 (33%); cf. aussi Gloor N. 2015, p. 342, n. 69. Les 30% ont également été mentionné dans le cadre des débats parlementaires, cf. von Graffenried, BO 2015 CN 79.

² Egalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères, Rapporteuse: Mme Françoise HETTO-GAASCH, Luxembourg, Groupe du Parti populaire européen, Doc. 13870.

Aucune étude ne prouve l'existence d'un lien de causalité entre garde alternée et mieux-être de l'enfant. En revanche, on a manifestement à faire à une corrélation. Les chercheurs s'accordent pour dire que la conflictualité entre les parents (rendant la garde alternée plus difficile à mettre en place) et la perte de lien avec un parent ont un effet néfaste sur le développement de l'enfant.

Avantages de la garde alternée:

- la diminution du risque de perte de lien avec un parent (risque surtout chez le tout-petit)
- le maintien d'une relation de qualité avec chaque parent
- le rééquilibrage auprès des parents de la charge que représente l'enfant
- le renforcement de la co-parentalité (si la relation n'est pas trop conflictuelle)

Inconvénients de la garde alternée:

- l'exposition accrue de l'enfant aux conflits, s'il n'en est pas protégé
- s'ils sont très aigus, l'aggravation des conflits entre les parents
- l'effort d'adaptation aux changements demandé à l'enfant (surtout pour le petit)
- le manque de l'autre parent lors de séparations trop longues (surtout pour le petit)
- le besoin d'adaptation de la société et des lois à ces nouvelles situations (places en crèche, travail à temps partiel pour les deux parents, deux domiciles reconnus pour l'enfant, etc.)
- le coût financier de deux domiciles pour un seul enfant

Malgré la complexité de la mise en place de la garde alternée et les efforts d'adaptation que notre société doit encore entreprendre, il ressort de la plupart des contributions à ce Colloque que, en dehors des situations hautement conflictuelles où l'enfant souffrira quel que soit le mode de garde, l'avantage du maintien d'un bon lien avec ses deux parents, lorsque cela est possible, prime sur les inconvénients de la mise en place d'une garde alternée.

5. Prise en charge de ces situations

Dans certaines régions du monde, des solutions innovantes ont été mises en place pour prévenir les conséquences néfastes de la séparation: informations écrites sous forme de brochure envoyée automatiquement aux parents en instance de séparation, cours obligatoires, proposition de "nestmodell" ou de panachage des semaines pour la garde alternée chez les plus petits, structures d'accueil multi-disciplinaires spécialisées dans la famille ou le divorce, groupes d'entre-aide, procédures juridiques accélérées selon le "modèle de Cochem", interdiction aux avocats de laisser dire du mal de l'autre parent et d'alimenter le conflit conjugal de quelque manière que ce soit, etc.

Conclusion

Voici ce qui est important pour l'enfant de parents séparés:

- l'information et le soutien aux parents, la médiation si nécessaire pour leur permettre de retrouver une parentalité centrée sur le bien de l'enfant
- une bonne collaboration interdisciplinaire
- une formation continue des professionnels sur les besoins de l'enfant en fonction de son âge, sur l'écoute de l'enfant, sur l'évaluation de la capacité parentale, etc.
- le recentrage permanent sur le bien de l'enfant, évalué pour le court et long terme
- la souplesse nécessitée par les besoins et la croissance de l'enfant lui-même

Pour la plupart des auteurs des contributions réunies dans ce volume, la garde alternée n'est pas un but en soi, mais dans notre société de plus en plus égalitaire, elle découle en général naturellement du consensus parental et est bénéfique pour l'enfant.