

Hélène REY WICKY
et Isabelle RINALDI

Intérêt supérieur de l'enfant et divorce

Perspective multidimensionnelle
sur la place et les droits de l'enfant
dans le processus de divorce

Intérêt supérieur de l'enfant et divorce

**Perspective multidimensionnelle
sur la place et les droits de l'enfant
dans le processus de divorce**

Ce texte est dédié aux enfants que nous rencontrons dans nos cadres professionnels respectifs, qui nous ont souvent permis de questionner nos pratiques et ont ainsi enrichi la réflexion contenue dans ce travail.

REMERCIEMENTS

Nous tenons à exprimer chaleureusement notre reconnaissance et nos remerciements à toutes les personnes qui ont apporté un soutien actif à l'élaboration de ce livre par leurs conseils, leurs encouragements et leurs critiques, toujours pertinents et bienvenus.

Nous pensons en particulier à Marco Vannotti, Marie-Odile Goubier-Boula, Marie-Françoise Lücker-Babel, Philip D. Jaffé, Albert-Luc Haering, Joseph Duss-von Werdt, Laura Cardia-Vonèche, Isabelle Cherney, Jacques Wicky et aux membres du groupe IDEE, Genève.

Cet ouvrage est tiré d'un mémoire de fin de « formation à l'intervention systémique et à la thérapie familiale » dispensée par le Centre de Recherches Familiales et Systémiques (CERFASY), Neuchâtel.

Les auteures

Hélène REY WICKY *et* Isabelle RINALDI

Intérêt supérieur de l'enfant et divorce

**Perspective multidimensionnelle
sur la place et les droits de l'enfant
dans le processus de divorce**

Éditions



L'École d'études sociales et pédagogiques de Lausanne publie régulièrement des études et travaux réalisés par ses enseignants et chargés de cours, qui illustrent ses divers domaines d'activité, de recherche et d'enseignement, à l'intention de ses anciens étudiants, de l'ensemble des professionnels de l'action sociale et des milieux intéressés.

Le comité d'édition :

Joseph Coquoz, Béatrice Despland, Claude Pahud,
Paola Richard-De Paolis, Jean-Pierre Tabin.

Responsable de la diffusion : Jean Fiaux

Diffusion auprès des libraires

Albert le Grand Diffusion S.A., Av de Beaumont 20, 1700 Fribourg

© 1998 **Éditions EESP**, case postale 70, CH -1000 Lausanne 24

Tous droits réservés. Reproduction interdite

Imprimé en Suisse

ISBN 2-88284-023-1

L'ÉCOLE D'ÉTUDES SOCIALES ET PÉDAGOGIQUES (EESP)

L'École d'études sociales et pédagogiques de Lausanne prépare à plusieurs professions sociales. Elle compte aujourd'hui cinq sections :

- Le Centre de formation d'éducateurs spécialisés,
- L'École d'éducateurs et d'éducatrices de la petite enfance,
- L'École d'ergothérapie,
- L'École de service social et d'animation,
- La Formation des maîtres socio-professionnels.

Elle propose des cycles réguliers de formation à plein temps et en emploi (environ 400 étudiants), ainsi que des cours spéciaux de directeurs et directrices de lieux d'accueil pour jeunes enfants, de praticiens formateurs et de superviseurs.

L'École d'études sociales et pédagogiques de Lausanne a été créée le 19 novembre 1964 par la fusion de l'École d'assistantes sociales et d'éducatrices (1952) et du Centre de formation d'éducateurs pour l'enfance et l'adolescence inadaptées (1953).

Établissement de formation professionnelle supérieure, membre de la Conférence suisse des Écoles supérieures d'éducateurs spécialisés (CSEES), de la Conférence suisse des Écoles supérieures de Service social (CSESS), du Comité suisse des Écoles d'ergothérapie (CSEET), de la Coordination des Écoles supérieures suisses d'animation socio-culturelle (CE-SASC), la Fondation *École d'études sociales et pédagogiques - Lausanne* est reconnue et subventionnée par la Confédération suisse et les Cantons de Berne, Fribourg, Jura, Neuchâtel, Tessin, Valais et Vaud.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	11
Chapitre 1	
LE POINT DE VUE DU MOUVEMENT DES DROITS DE L'ENFANT	19
1.1 Origine et sens des droits de l'homme	20
1.2 Historique du mouvement des droits de l'enfant	22
1.3 Les différents débats autour des droits de l'enfant	24
1.4 La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant	30
1.5 La promotion des droits de l'enfant	38
1.6 Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant	40
Chapitre 2	
LE POINT DE VUE DE LA PSYCHOLOGIE	47
2.1 La fonction parentale pour l'enfant	48
2.2 La place de l'enfant dans la famille : références systémiques	57
2.3 Le processus de divorce : une série de transitions pour le système familial	64
Chapitre 3	
LE POINT DE VUE DE L'ENFANT	77
3.1 Processus de divorce et ajustement de l'enfant	78
3.2 Le point de vue de l'enfant sur la séparation	95
3.3 Le point de vue de l'enfant sur la garde et les droits de visite	112
3.4 Le point de vue de l'enfant sur sa participation au processus de divorce	114

Chapitre 4	
LE POINT DE VUE JURIDIQUE	119
4.1 La réglementation légale du divorce	120
4.2 L'autorité parentale	130
4.3 La garde	137
4.4 Le droit aux relations personnelles ou le droit de visite	140
4.5 Autres critères de l'intérêt de l'enfant	145
 SYNTHÈSE ET DISCUSSION	 161
1. Écoute et participation de l'enfant en matière d'attribution de l'autorité parentale.....	163
2. Écoute et participation de l'enfant en matière d'attribution de la garde	164
3. Écoute et participation de l'enfant concernant les modalités de l'exercice du droit de visite.....	164
4. Cadre de l'écoute et de la participation de l'enfant dans la procédure de divorce	165
 BIBLIOGRAPHIE	 171

INTRODUCTION

Les nouvelles formes de conjugalité (unions libres, séparations, divorces, remariages, couples homosexuels, etc.) remettent en question la notion de stabilité conjugale, et par extension celle de stabilité familiale, et imposent de nouvelles normes, souvent encore diffuses et confuses, en matière d'attitudes et de comportements familiaux.

Cette évolution vers la précarité des relations conjugales et son acceptation sociale relèvent, selon Théry, d'une « idéologie selon laquelle la "vie privée" serait par définition un espace où l'individu n'aurait de compte à rendre qu'à lui-même [...] (Ce) renoncement à inscrire le privé dans les valeurs communes d'une société démocratique » s'accompagne d'une perte des repères communs, notamment en termes de responsabilités qu'impliquent ces évolutions personnelles, et d'un sentiment concomitant de perte de sens. Au nom de valeurs comme l'autonomie des individus, l'expressivité et la réalisation de soi, l'égalité entre les sexes, le bonheur et la satisfaction immédiate, la famille, en tant qu'institution traditionnelle apparaît désormais incertaine¹. Les couples se constituent sur la force des affects et l'expression de l'individualité de chacun et se défont lorsque le sentiment amoureux faiblit; « l'affirmation individuelle cherchera ailleurs une compensation qu'autrefois elle eût cherchée dans d'autres dimensions de la vie familiale »².

Preuve en est qu'actuellement dans la plupart des pays occidentaux, près d'un mariage sur trois est susceptible de se terminer par un divorce. Considéré par certains comme un signe de crise sociale mettant en danger l'institution familiale, le divorce apparaît au contraire pour d'autres comme un changement qualitatif qui, non seulement autorise sa banalisa-

1. Théry, 1995, p. 7.

2. Roussel, 1989, 1992.

3. Neyrand, 1994, p. 14.

4. Voir par exemple Bawin-Legros, 1988; Martin, 1988; Théry, 1992, 1994-5.

tion, mais encore l'impose comme l'une des composantes contemporaines de la famille. À la suite de sociologues comme Roussel, puis Kellerhals et Troutot, le divorce n'est plus considéré a priori comme un événement pathologique, mais comme l'issue possible, voire probable, de certaines orientations dans l'échange conjugal et de certains projets familiaux de départ.

Si l'ampleur du phénomène autorise sa banalisation d'un point de vue sociologique, les professionnels du droit, de la psychologie et de la protection de l'enfance constatent dans leurs pratiques respectives que

la dédramatisation ne se pointe pas vraiment à l'horizon. Les ruptures ne sont pas affaire de mode. Ces conflits sont, presque par définition, les plus profonds et les plus difficiles à gérer rationnellement. Les enfants sont les enjeux et les victimes. Il s'avère cependant que la multiplication de ces situations a au moins eu un résultat heureux, celui de transformer en problème social d'envergure, ce qui n'était que le vécu de marginaux. L'aide sociale a suivi et l'on peut maintenant considérer que la responsabilité de l'État n'est plus seulement de mettre à disposition l'appareil de la justice pour trancher ces litiges .

La psychologie s'intéresse essentiellement aux moyens qu'adultes et enfants peuvent mettre en œuvre pour faire face au divorce. De son point de vue, le divorce n'est pas un événement unique ayant lieu à un temps donné; elle le considère comme un processus complexe étendu dans le temps, susceptible d'entraîner des modifications d'ordre juridique, social, économique et psychologique. Que ce soit au moment de la séparation ou à plus long terme, le processus d'ajustement à ces changements dépend pour chaque membre de la famille non seulement des changements eux-mêmes et des pertes qu'ils entraînent, mais également de plusieurs variables individuelles, familiales, sociales et environnementales. Dans cette optique, ni les difficultés inhérentes à l'adaptation ne sont banalisées, ni ses conséquences pathologiques surestimées.

Qu'il s'agisse d'établir une relation entre le mariage et le divorce, à travers des typologies familiales, ou qu'il s'agisse de s'interroger sur l'ajustement au processus du divorce, la question cruciale de la place des enfants, et de leurs intérêts, au cours des modifications du cycle familial doit être posée. Dans le débat actuel autour du divorce, la question des droits à accorder aux enfants, notamment en matière d'écoute, voire de participation à certaines décisions le concernant est aujourd'hui tout aussi fondamentale que celle des responsabilités que chaque partenaire devrait assumer auprès d'eux après la rupture du couple conjugal. Des esquisses de réponses à ses questions font appel à une réflexion plus générale sur la place et le statut de l'enfant dans la société et dans la famille, ainsi que sur les croyances et idéologies dominantes en matière de relation parent-enfant.

1. Perrin, 1991, p. 486.

Place et droits de l'enfant au sein de la société et de la famille

Bien décrite par Philippe Ariès (1973), l'évolution de la place de l'enfant au sein de la société et de la famille peut être résumée comme le passage d'un statut d'inexistence, à celui d'objet à protéger et à éduquer, à plus récemment celui de sujet détenteur de divers droits, codifiés sur le plan international dans la Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant (1989). Récemment ratifiée par la Suisse², cette Convention fait de l'enfant un sujet à part entière de la vie familiale et sociale, une personne dotée de liberté, à qui l'on octroie des droits civils et des prérogatives qui complètent son droit à la protection par les adultes. Dans cette optique, « la situation de l'enfant doit désormais être envisagée du point de vue de l'enfant et autant que possible par l'intéressé lui-même »³. Ce changement de perspective — ce n'est plus forcément parce que les adultes pensent qu'une chose est bonne pour l'enfant qu'elle relève automatiquement de son intérêt supérieur — devrait permettre de « démasquer les hypothèses où (les droits de l'enfant) s'opposent à ceux des adultes, spécialement des parents »⁴. Cette idéologie qui sous-tend la Convention a suscité des controverses⁵ et n'est pas dépourvue de difficultés dans sa mise en œuvre concrète⁶.

La base juridique internationale de la participation de l'enfant à la vie familiale et sociale est principalement contenue dans l'article 12, l'un des plus novateurs de la Convention :

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.
2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

L'application de cet article est particulièrement complexe et requiert la prise en compte et l'articulation d'avis de professionnels d'horizons divers.

1. Ci après, la Convention.

2. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant a été ratifiée le 24 février 1997 et est entrée en vigueur le 26 mars 1997 en Suisse.

3. Dekeuwer-Défossez, 1993, p. 6.

4. Ibid., p. 6.

5. Voir entre autres Lückner-Babel, 1993; Théry, 1992.

6. Cette controverse et ces difficultés sont abordées au chapitre 1.

Le droit de l'enfant de s'exprimer librement lors des décisions qui l'intéressent est à mettre d'emblée en relation avec les articles 2 (non discrimination) et 3 (intérêt supérieur de l'enfant) de la Convention. Si le premier nommé n'appelle guère de commentaires, le second permet de tracer quelques lignes intéressantes. L'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit s'apprécier dans toutes les actions concernant les enfants, est une notion plutôt passive puisqu'il revient généralement à l'adulte d'en définir les contours et de procéder à la pesée des intérêts. À l'opposé l'article 12 est d'essence dynamique, son rôle étant de reconnaître un droit de parole à l'enfant pour lui permettre d'avoir une prise dans les décisions qui le touchent de près. La relation entre l'article 3 et l'article 12 de la Convention est de nature conflictuelle, car elle met face à face la personne de l'adulte et celle de l'enfant, et confronte le rôle des éducateurs et décideurs avec l'autonomie grandissante de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant sera atteint par un subtil équilibre, constamment recherché, entre ces deux aspects des droits de l'enfant .

Cet extrait d'une juriste, spécialiste en la matière, n'est pas dépourvu d'ambiguïtés quant au sens à accorder à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Cette notion est définie d'abord comme quelque chose qui relève de la détermination des adultes, puis comme le résultat d'un équilibre subtil entre la norme des adultes et l'avis de l'enfant, qu'il faut toujours rapporter à son degré d'autonomie. Le premier sens est ancien et bien connu du droit, la notion d'intérêt supérieur étant le critère de choix aussi bien des adultes que des juges. Le second constitue l'essence même de la mise en œuvre de l'article 12.

L'application de cet article « touche tous les secteurs d'activités et de décisions de la communauté dès lors que ces dernières² ont une incidence sur la vie de l'enfant ou d'un groupe d'enfants donné »¹.

Place et droits de l'enfant dans le divorce

Sur le plan juridique, le divorce consiste d'abord en la dissolution par un juge de l'union conjugale, décision à laquelle la participation des enfants n'a pas lieu d'être. Cependant, lorsqu'il y a des enfants mineurs, le jugement de divorce détermine également les responsabilités parentales concernant les enfants en commun. Dans cette tâche, la référence à la notion d'intérêt de l'enfant est dite prépondérante. Dans les faits, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation personnelle de ce critère difficile à cerner. En Suisse par exemple :

1. Lücker-Babel, 1995b, p. 17.
2. Lücker-Babel, 1995a, p. 25.

la loi attribue automatiquement tous les droits parentaux au seul parent gardien. Le système légal ne connaît pas, — donc prohibe — le partage des droits concernant l'autorité parentale [...] (Or, ce) transfert exclusif des droits parentaux au parent gardien est une règle qui postule l'impossibilité d'une certaine survie de la relation parentale après la dissolution conjugale. Ce divorce parent-enfant n'est (heureusement) pas nécessairement vécu .

Selon Perrin, des mesures juridiques devraient modifier le statut actuel du parent non gardien, qui n'a actuellement que la condition d'un « simple payeur déresponsabilisé ». Actuellement, les enfants de parents divorcés ne peuvent conserver, sur le plan légal, leurs père et mère, malgré le changement qui affecte les conditions de leur vie domestique et leur insertion géographique, simplement, parce que « la loi ne le permet pas » !

Cette pratique judiciaire, qui en cas de divorce place le lien de filiation sous la dépendance du lien conjugal, apparaît en opposition avec ce qui constitue « l'idéologie dominante » en matière de relation parent-enfant et ne respecte pas le droit de l'enfant à « la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement » .

Un développement psychoaffectif stable et harmonieux de l'enfant repose sur des critères comme la stabilité, la sécurité et la solidité psychologique. Dans cette optique, les parents doivent non seulement nourrir et protéger l'enfant (rôles parentaux), mais encore lui proposer des images parentales lui permettant de construire sa propre identité (fonction parentale) en vue de son autonomie . Dans l'idéal, le divorce ne devrait pas transformer radicalement ces rôles et cette fonction (ce sont les conjoints qui se séparent, pas les parents); l'intérêt de l'enfant à conserver des relations étroites avec ses deux parents devrait donc être dissocié de la rupture conjugale.

Toute rupture familiale est cependant susceptible de remettre en question la place du sujet dans la filiation . En effet, le statut de parent n'est pas en soi le garant d'une place de parent auprès de l'enfant; le maintien d'un lien relationnel significatif nécessite une actualisation permanente du lien de filiation à travers des relations concrètes, suffisamment denses et fréquentes . Cela implique une responsabilisation des deux parents, indépendamment de leur statut de gardien ou de non gardien, à entretenir des

1. Perrin, 1991, p. 481 et p. 484-5.

2. Perrin, 1991, p. 481.

3. Article 18 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989).

4. Voir entre autres Dolto, 1988; Poussin, 1993.

5. Hurstel, 1995.

6. Dans ce but, Dolto (1988) propose de remplacer le terme de « droit de visite » par celui de « devoir de visite ».

relations directes avec l'enfant et à maintenir les relations de l'enfant avec l'autre parent. En cas de conflit aigu entre les ex-époux, l'élaboration de ce processus de co-parentalité ne va pas de soi et les intérêts des enfants peuvent être sacrifiés à ceux des adultes. Ce risque est d'autant plus grand quand la législation — en Suisse par exemple — ne favorise pas la collaboration entre les parents après le divorce « dans la mesure où elle la considère comme superflue, puisque le parent attributaire a tous les droits en dernier ressort »¹. Il peut aussi arriver que les parents décident d'un commun accord une solution qui ne convienne pas à l'enfant; l'accord des parents entre eux ne peut donc pas constituer le seul garant de la préservation de l'intérêt de l'enfant². De même, dans les situations où il y a un conflit d'intérêts entre ceux des adultes et ceux des enfants, la capacité parentale de prendre une décision en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant est diminuée³.

Ainsi, le divorce — bien qu'il ne remette pas directement en question le lien de filiation — nécessite une redéfinition des modalités d'expression concrètes et subjectives de ce lien entre chaque parent et l'enfant. Dans l'esprit de la Convention, l'enfant pourrait, eu égard à son âge et à son degré de maturité, participer au débat.

Il reste cependant à définir plus précisément sur quels éléments du divorce l'écoute et la participation de l'enfant pourraient porter, ainsi que la manière dont elles seraient mises en œuvre. Les différents regards portés sur le divorce et sur les droits de l'enfant, ainsi que l'interprétation complexe de la notion de capacité de discernement ou de compétence de l'enfant laissent entrevoir d'après discussions sur ce point entre experts des différentes disciplines concernées (droit, psychologie, sociologie, pédiatrie, psychiatrie, etc.).

La question de l'écoute de l'enfant dans le divorce

Pour les défenseurs de la Convention, et notamment de la participation de l'enfant aux procédures qui le concernent, le divorce, ayant incontestablement des incidences réelles sur la vie de l'enfant, entre dans la catégorie d'événements pour lesquels l'écoute de l'enfant doit être envisagée, eu égard à son âge et à son degré de maturité. Pour d'autres, par contre,

les affaires des parents se règlent exclusivement entre ceux-ci et le juge. Elles concernent certes l'enfant, mais les arguments sont nombreux pour le laisser en dehors de ces tracasseries, dont on pense qu'il ne se rend pas compte ou qu'il ne pourrait que souffrir de s'y voir mêlé. [...] C'est hors du domaine juridique

-
1. Perrin, 1991, p. 485. La révision du droit du divorce actuellement en cours en Suisse prévoit d'autres possibilités (voir chapitre 4).
 2. Dekeuwer-Défossez, 1993.
 3. Weithorn, 1983.

que les juristes vont le plus souvent chercher l'argumentation propre à contester le droit de l'enfant de participer aux décisions rendues notamment au moment de la séparation des parents. Et cette argumentation fait le plus souvent allusion à une nécessité pour l'enfant de se prononcer pour ou contre l'un des parents. Or, les considérations qui justifient la reconnaissance du droit de l'enfant à donner son opinion sur les questions qui l'intéressent ébranlent justement cette double manière de voir .

La psychologie a souligné depuis longtemps que dès leur plus jeune âge, les enfants comprennent lors de la séparation des parents que « quelque chose se passe » et ont besoin qu'on le leur explique dans un langage adapté à leur âge, pour qu'un travail de réorganisation psychique puisse être fait. Il apparaît donc souhaitable de promouvoir le statut juridique de l'enfant dans l'exercice des droits familiaux, qui restent en Suisse quasiment de l'exclusivité des parents; lui octroyer une place dans la procédure ne fait que traduire dans la loi une position qu'il occupe dans les faits au niveau de la société.

Ne pas impliquer l'enfant dans les disputes parentales et ne pas lui demander de choisir entre son père ou sa mère ne justifient pas pour autant que l'enfant n'ait rien à dire en ce qui concerne la redéfinition des modalités du lien de filiation après le divorce. Il est envisageable de tenir compte des besoins, des désirs et des intérêts des deux parties de la relation, c'est-à-dire non seulement de chaque parent qui reste le responsable et le garant de cette relation, mais également de l'enfant, qui a un avis à exprimer sur son avenir et sur son futur relationnel avec chacun d'eux. Cette manière de procéder peut avoir lieu pour autant que l'enfant comprenne les enjeux qui se posent à lui et/ou dont il peut être l'objet.

Ces restrictions suscitent de nombreuses interrogations qui dépassent largement les questions relatives à la capacité de discernement de l'enfant et de ses compétences à prendre des décisions concernant son propre bien-être.

1. Lücker-Babel, 1995a, p. 128-9.

Chapitre 1

LE POINT DE VUE DU MOUVEMENT DES DROITS DE L'ENFANT¹

L'enfance, en tant que période de vie de l'être humain, est une construction sociale récente; l'acquisition de droits par l'enfant est encore plus récente.² La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989)³ témoigne en effet d'une reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droit et participant à part entière dans la société.

Nul ne peut nier l'importance de posséder des droits qui garantissent le respect et la dignité. Il suffit d'imaginer un monde sans aucun droit pour évaluer la nécessité de leur existence. Selon Wolfson (1992), un monde sans droit et sans convention serait un monde où les membres de la communauté morale n'auraient aucune garantie d'un traitement décent minimal et aucun pouvoir pour réparer les injustices. Les personnes vivant dans un tel monde seraient alors, à son avis, dans une situation identique à celle des enfants.

Les droits de l'enfant sont des droits de l'homme accordés à l'enfant ayant présent à l'esprit que « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance ». Le fait que ces droits soient spécifiques n'a

-
1. Par souci de simplification, le terme « enfant » désigne tout être humain n'ayant pas encore atteint sa majorité. Autrement dit, un enfant est une personne de moins de 18 ans.
 2. Ci-après : la Convention.
 3. Préambule de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989).

rien d'exceptionnel, des droits spéciaux ont également été accordés aux femmes, aux personnes handicapées, aux personnes privées de liberté, aux membres de minorités ethniques, religieuses et linguistiques.

Avec la Convention, la question n'est plus de protéger un enfant particulier contre une éducation abusive ou une défaillance parentale mais de défendre les droits de tous les enfants contre toute forme de discrimination. Dans le cadre des recommandations pour une Charte européenne pour les Droits de l'Enfant, le Conseil de l'Europe formule le principe suivant : « Les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres » .

La problématique de l'enfant et de sa position dans notre société est un débat qui s'est développé ces dernières années. Des philosophies antagonistes enracinées dans les diverses significations du mot « personne » donnent cependant des sens différents au concept des droits de l'enfant.

Après un détour sur le sens du concept de « droits », les positions sur les droits de l'enfant qui vont de la conception dite paternaliste, basée sur les droits protecteurs, à la conception dite libérationniste, basée sur l'assimilation de l'enfant à l'adulte, sont abordées et discutées. Celles-ci déterminent des représentations différentes de la compétence et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

1.1 Origine et sens des droits de l'homme

L'histoire de l'occident révèle une volonté de faire progresser la reconnaissance de droits fondamentaux de l'homme. Cependant, son étude montre que ceux-ci ont toujours été bafoués.

La nature universelle des droits de l'homme se fonde sur des valeurs universellement reconnues comme la dignité humaine, la liberté, la justice, la solidarité, l'égalité, etc.

1.1.1 Le sens des droits de l'homme

Selon Wolfson (1992), il existe différentes perceptions du sens des droits de l'homme. Certains croient que les droits sont une fiction morale basée sur une vue métaphysique dépassée de l'univers et de la place qu'y occupe l'humanité. D'autres pensent que l'existence des droits moraux (et de manière concomitante légaux et institutionnels) n'est qu'une manière de

1. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, 31e session ordinaire, recommandation 874 (1979), cité par Cappelaere, & Verhellen, 1992.

maintenir un statu quo politique, une manière de maintenir la puissance en place.

Il est communément admis que les droits, générés par des principes moraux, servent à établir une revendication justifiée ou valable ; celle-ci protège n'importe quel intérêt du détenteur de droits, c'est-à-dire les plans, les projets, l'état d'esprit et l'être sans lesquels sa vie perdrait son sens. La reconnaissance et la protection de ces intérêts par les droits sont d'une importance centrale pour la moralité, la qualité de la vie et souvent la vie elle-même. La capacité de protéger certains de ces intérêts est au centre de la civilisation.

1.1.2 Le détenteur de droits

Un droit, en tant que revendication valable, est accordé sur la base du « principe de l'intérêt », qui repose sur les éléments suivants :

1. un détenteur de droit doit être capable d'être représenté;
2. il est impossible de représenter un être qui n'a pas d'intérêts;
3. un détenteur de droit doit pouvoir en être bénéficiaire lui-même;
4. un être sans intérêt est un être à qui on ne peut nuire ou qui ne peut pas en être bénéficiaire, n'ayant aucun bien ou soi propre.

Sans entrer dans la complexité de la définition du mot « intérêt »³, on peut retenir que les intérêts d'une personne⁴ signifient sa capacité à former des plans et des projets conscients. Une telle capacité ne doit pas forcément être actuelle, elle peut aussi être passée ou future.

1.1.2.1 L'enfant en tant que détenteur de droits

Se basant sur le raisonnement avancé plus haut, Wolfson (1992) soutient l'idée que l'enfant devrait avoir le droit que l'on agisse dans son intérêt en lui garantissant les conditions nécessaires à sa santé physique et mentale, à son développement intellectuel, à une sécurité matérielle adéquate, à des relations personnelles stables et non superficielles, ainsi qu'en lui garantissant un degré de liberté adapté.

L'enfant est enraciné et dépendant d'un environnement social déterminé par d'autres que lui-même. Agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant signifie que ce sont ses capacités qui déterminent la responsabilité des adultes à son égard. En effet, protéger l'intérêt du projet de l'enfant, quel qu'il soit, lui donne le droit que l'on agisse seulement dans l'intérêt de son bien-être, et pour autant que sa capacité à agir dans son intérêt ne soit pas encore développée. Selon Wolfson (1992), la société a donc l'obligation de

-
1. En anglais : « justified claim », Melden, 1977, cité par Wolfson, 1992.
 2. En anglais : « valid claim », Feinberg, 1973, cité par Wolfson, 1992.
 3. Voir entre autres Kleinig, 1978; Benn, 1977, cités par Wolfson, 1992.
 4. Kleinig, 1978, cité par Wolfson, 1992.

lui fournir les conditions et l'assistance nécessaires pour que ses capacités se développent. Au fur et à mesure du développement des capacités de l'enfant à agir dans son intérêt, elle a par contre l'obligation de le laisser participer.

Les droits de l'enfant codifiés dans la Convention relative aux droits de l'enfant (1989) sont basés sur des valeurs humaines universelles, qui ne sont pas simplement l'expression d'une croyance morale mais qui expriment une volonté législative des États parties de la Convention .

Même si les mineurs sont le plus souvent considérés comme des personnes avec leurs droits propres, en pratique ils sont estimés incapables de les exercer, notamment sur le plan légal. Le concept de droit désignant des prérogatives inaliénables liées à un statut ne saurait être remis en question, mais celui qui désigne la possibilité pour un individu d'agir selon son libre choix n'est ni inaliénable ni inconditionnel, il renvoie à la capacité juridique. « Or il semble parfois que l'on transfère l'évidente universalité des premiers droits au particularisme des seconds, la nécessité des uns à la contingence des autres »². Dans l'article 12 de la Convention, le droit d'exprimer librement son opinion est garanti à l'enfant capable de discernement, sans que soit précisé à quel âge l'enfant est habilité à faire valoir ce droit, laissant ainsi la porte ouverte à des variations de son application dans différents domaines.

1.2 Historique du mouvement des droits de l'enfant³

L'indifférence semble avoir été l'attitude dominante envers les enfants jusqu'à la fin du Moyen âge, où l'infanticide et l'abandon étaient fréquemment pratiqués. Les moralistes du XVIe et XVIIe siècle considéraient l'enfant comme « mauvais » à la naissance et comptaient sur l'éducation pour le rendre « bon ». Les romantiques du XVIIIe (Rousseau, Goethe) le considéraient en revanche comme « naturellement bon ». Parallèlement au développement des sciences naturelles et à la vision darwinienne de la société, le siècle des Lumières (XVIIIe) a renforcé les idées sur le progrès social, en considérant l'individu comme le serviteur du progrès. Les enfants étaient de plus en plus considérés comme « le futur », « la richesse et la prospérité de demain »⁴.

1. Lopatka, 1992.

2. Roussel, 1992, p. 83.

3. Ce chapitre fait largement référence à l'ouvrage de Verhellen, E. (1994). *Convention on the Rights of the Child*. Leuven, Belgique : Garant.

4. Voir entre autres, Ariès, 1973; Verhellen, 1994.

Selon Verhellen (1994), la période de l'enfance a été graduellement circonscrite. Ainsi les enfants ont été perçus comme un groupe séparé des adultes, avec des caractéristiques propres et dont on attendait un comportement spécifique. Cet important changement historique est apparu avec la transition d'une société qui ne voulait pas voir les enfants comme un groupe clairement défini vers une société intéressée à le définir. La socio-génèse du groupe d'âge des enfants, en tant que conception séparée du groupe des adultes, provoquée par les changements sociaux est allée de pair avec le développement psychogénétique de certaines caractéristiques de l'enfant. D'autres différenciations sont apparues par la suite, comme l'adolescence, perçue comme un groupe d'âge séparé en conséquence de l'introduction générale de la conscription.

En outre, la pédiatrie, en tant que spécialisation médicale, n'est apparue qu'au XIXe siècle. La première législation relative aux enfants en Occident est apparue à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle. En raison de l'importance croissante accordée au futur et au progrès, le développement de l'enfant a commencé à recevoir une attention spéciale, exemplifiée par l'introduction d'une législation sur la fréquentation obligatoire de l'école.

Toute une série d'attentes, de normes et de rôles ont émergé à l'égard de cette catégorie sociale nouvellement créée et ont été formalisés au tournant de ce siècle par la création de nouvelles institutions sociales. Ainsi l'enfant était considéré comme immature et devait être aidé et stimulé pour devenir adulte. C'est avec cette position « d'être en devenir », formalisée dans la loi, qu'il est entré dans le XXe siècle. Depuis les années septante, un grand nombre de mesures politiques ont été prises dans l'intérêt de l'enfant, pour cet être en devenir, confirmant ainsi son statut de dépendance.

L'absence de reconnaissance philosophique et légale du droit de l'enfant à l'autodétermination a accru la problématique de son statut auprès de personnes œuvrant dans des champs différents. Cette diversité de conceptions a conduit à la naissance du mouvement des droits de l'enfant.

Ce mouvement demande des droits civils fondamentaux pour les enfants ainsi que la possibilité de les exercer de manière autonome. La reconnaissance de l'autonomie des enfants et leur droit à l'autodétermination sont fondamentaux, tout comme la reconnaissance de leur capacité légale.

L'égalité des droits, indépendants de l'âge, n'est pas tellement l'objectif de départ du mouvement. Celui-ci ne revendique pas un traitement identique des enfants et des adultes (assimilation), il veut que les enfants aient la garantie de pouvoir être eux-mêmes. Il considère important que les enfants soient reconnus avec leurs besoins, leurs intérêts, leurs qualités et non qu'ils soient sacrifiés aux intérêts des autres .

1. Verhellen, 1994, p. 23.

1.3 Les différents débats autour des droits de l'enfant

Le débat autour de la position de l'enfant dans la société s'est développé ces dernières années et a fait émerger différentes positions sur le sens à attribuer au mot « personne » et en conséquence aux droits de l'enfant. La polémique se condense autour du degré d'assimilation de l'enfant à l'adulte.

Traiter (l'enfant) à égalité avec l'adulte, affirmer qu'il est responsable de ses actes, qu'il faut le croire sur parole et prendre ses adhésions pour argent comptant, ce n'est pas le respecter ou le défendre, c'est garantir l'impunité à ceux qui le manipulent [...] voir en lui une personne achevée et non une personne en devenir, c'est, sous l'apparence du libéralisme le plus généreux, lui dénier férocelement la légèreté, l'insouciance, l'irresponsabilité qui sont ses prérogatives fondamentales pour l'exposer, alors qu'il est sans défense, à tous les conditionnements et à toutes les convoitises.

1.3.1 Du « paternalisme » au « libérationnisme »

Le mouvement des droits de l'enfant n'est pas un bloc monolithique. La polémique se situe sur un continuum allant du courant protectionniste « nurturance », dit aussi paternaliste, qui s'est développé ce siècle dernier et que reflètent nos lois et nos pratiques actuelles, au « courant libérationniste » qui revendique un statut de l'enfant égal à celui de l'adulte et une liberté totale de décider pour lui-même.

Pour Houlgate², le premier base ses revendications sur le principe téléologique de bienfaisance, comprenant le devoir de promouvoir le bien d'autrui. Les enfants sont considérés comme trop faibles et limités dans leurs capacités cognitives et émotionnelles pour se protéger eux-mêmes. Le devoir de créer des revendications positives et négatives pour eux incombe donc aux adultes, alors que le second donne la priorité au principe déontologique de justice, ce qui sous-entend une égalité de traitement entre les enfants et les adultes.

Selon Cappelaere et Verhellen (1992), trois courants se dégagent dans ce débat particulier : un courant réformiste, un courant radical et un courant pragmatique représentant chacun une attitude différente face à la question de la capacité des enfants à exercer personnellement leurs droits :

Un courant réformiste qui reconnaît dans l'argument d'incapacité de l'enfant un principe valable. Mais en même temps, on est persuadé que notre société sous-estime la capacité des enfants à prendre des décisions fondées rationnellement. Une telle capacité est acquise beaucoup plus tôt que généralement admis et elle est acquise graduellement. Sur cette base, les représentants de ce

1. Finkielkraut, 1990, cité par Théry, 1992, p. 13.

2. Houlgate, 1980, cité par Price Cohen, 1992, p. 60.

courant plaident pour un abaissement de la majorité civile et l'obtention progressive de droits.

Un courant radical (de libération de l'enfant — Children's Liberationists) conteste aussi bien la validité, la pertinence et l'exactitude de l'argument d'incompétence. Son point de départ (la plus haute norme morale) est l'égalité de tous les êtres humains. Toutes discriminations, donc également celles fondées sur des différences d'âge, sont moralement inadmissibles. Ce courant considère par conséquent que la reconnaissance des droits de l'homme, de tous les droits civils également aux enfants est la seule solution possible.

Un courant pragmatique [...] se pose la question de savoir si dans la pratique il ne serait pas possible que les enfants aient tous les droits civils ainsi que la capacité de les exercer de manière autonome, à moins qu'en ce qui concerne l'exercice de droits spécifiques leur incompétence soit démontrée, et que sur cette question l'ensemble de la société se déclare d'accord. Le grand avantage pour les enfants par rapport à la situation actuelle est le déplacement de la charge de la preuve dans la discussion sur leur capacité. À l'heure actuelle [...], c'est sur eux que pèse la charge de prouver leur compétence à être titulaires de droits et à les exercer .

Les notions de compétence, de (manque) d'expérience, de (manque) de compréhension, de choix (ir-) rationnel sont souvent invoquées en tant qu'obstacle à la capacité de l'enfant à exercer ses droits. Pour certains, il s'agit d'une attitude paternaliste, tendant à maintenir l'enfant sous le joug de l'adulte, alors que pour d'autres, reconnaître ces compétences à l'enfant revient à le priver du droit à l'enfance et à l'irresponsabilité, voire à abandonner l'enfant à ses droits .

1.3.1.1 *Les arguments protectionnistes*

Les controverses sur ce sujet foisonnent. Selon Théry (1992), les « idéologues des nouveaux droits de l'enfant » ont évacué par l'appel aux sentiments « tout débat de fond sur la réalité psychologique, biologique, économique ou sociologique de l'autonomie et de la dépendance des enfants d'aujourd'hui » . À son avis, une véritable réflexion sur l'enfance et la jeunesse dans notre société et un sérieux bilan de la protection de l'enfance n'ont pu avoir lieu, étant donné l'argumentation de type manichéen avancé sur le maintien de l'enfant dans un statut de non-sujet à protéger. « L'idéologie des nouveaux droits de l'enfant demande de repenser la relation entre famille et État, privé et public et construit la forme post-moderne du paternalisme, non plus le paternalisme familial, mais le paternalisme d'État » .

-
1. Cappelaere, & Verhellen, 1992, p. 265 à 267.
 2. Hafén, 1977, cité par Freeman, 1992; voir aussi Théry, 1992 ; et Roussel, 1992.
 3. Théry, 1992, p. 14.
 4. Ibid., p. 25.

Au total, pour les idéologues des nouveaux droits de l'enfant, si la reconnaissance de l'enfant comme une personne est présentée comme le fondement, sa reconnaissance comme sujet de droit le moyen, la fin est clairement politique : la reconnaissance de l'enfant comme citoyen [...] Si certains enfants ne sont pas écoutés, ne sont pas respectés, ou même sont maltraités, ce serait en dernière analyse parce que l'enfant en général est considéré, dans nos systèmes politiques, dans nos démocraties, comme un sous-citoyen. Ainsi, les abus dont sont victimes certains enfants ne seraient pas des détournements ou des défaillances de la protection, mais le signe que c'est la protection elle-même, en tant qu'elle légitime finalement la domination, qui est intrinsèquement un abus de pouvoir.

Sous des dehors révolutionnaires, et une tonalité soixante-huitarde, en réalité l'idéologie des droits de l'enfant conforte une tendance beaucoup plus générale aux sociétés postmodernes : le pseudo-juridisme psycho-social. Face à ce discours, affirmer que tout n'est pas du droit, que tout n'est pas « mon droit », que tout n'est pas l'enfant, ce n'est pas s'accrocher à des valeurs passéistes, ni défendre l'état des choses, mais proposer un autre diagnostic des fondements de l'oppression dont, parce que tous les enfants sont dépendants, certains enfants sont victimes.

De manière moins extrême, faisant référence à la théorie du paternalisme libéral, Freeman (1983) propose d'accorder une protection à l'enfant tout en lui reconnaissant son autonomie et sa compétence croissantes, lui permettant de revendiquer une autodétermination. Cette théorie tend à maximaliser l'indépendance et l'autonomie de l'enfant tout en justifiant l'intervention parentale dans certaines circonstances.

Selon Freeman (1992), la vraie protection des enfants protège également leurs droits. Prendre ces droits au sérieux demande non seulement de considérer le maternage et l'autodétermination, mais également d'adopter des politiques, des pratiques et des lois qui protègent à la fois les enfants et leurs droits.

La compétence d'un enfant dans une situation donnée doit être déterminée de cas en cas, en tenant compte des variations de l'intelligence et des compétences, des capacités limitées des petits enfants et plus élaborées des adolescents, telles qu'étayées par les données de la psychologie. Cependant, en raison de la nature vulnérable de l'enfant, l'argument de sa protection doit être invoqué lorsque des actions risquent de le conduire à la mort, ou de le blesser physiquement sérieusement ou d'entraîner une désorganisation psychique. De même, les lois protégeant l'enfant contre toute forme d'exploitation (sexuelle par exemple) peuvent être maintenues. Ces restrictions à la pleine autonomie sont légitimées par le fait que

-
1. Théry, 1992, p. 20.
 2. Ibid., p. 21.

l'enfant puisse apprécier et accepter les raisons de ces restrictions, ce que Freeman appelle « le consentement axé sur le futur » .

1.3.1.2 Les arguments libérationnistes

Certains libérationnistes comme Richard Farson (1974) et John Holt (1974) iraient jusqu'à donner à l'enfant le droit de travailler. Pour Farson, il s'agit d'un « droit au pouvoir économique ». Ils suggèrent également que le droit de l'enfant à l'autodétermination inclut son droit à des relations sexuelles avec quiconque de son choix, ainsi que le droit de vote. Holt va jusqu'à soutenir le droit de l'enfant de consommer des stupéfiants .

1.3.1.3 L'approche interactionniste³

L'approche interactionniste⁴ considère que les enfants, comme les adultes, sont des « meaning-makers », c'est-à-dire des acteurs — qui ne font pas que réagir — capables de donner sens au monde qui les entoure à travers des interactions. Leur identité se développerait grâce à ces interactions.

La théorie sociologique de l'interactionnisme symbolique a mis en évidence « la ressemblance qualitative des interactions avec leur milieu, tant des adultes que des enfants »⁵ et le droit inaliénable des enfants d'être reconnus en tant qu'êtres agissants. Elle permet donc de fonder une approche de l'enfant comme être à part entière tant du point de vue éthique que scientifique.

En prenant appui sur cette approche, Verhellen (1994) considère que la libération des enfants aura un effet libérateur sur tous les membres de la société.

Il va sans dire que si les adultes, qui ont le pouvoir, continuent à considérer leurs représentations comme dominantes, ils n'affectent pas seulement sérieusement l'identité individuelle de l'enfant en ne lui donnant que peu ou pas d'opportunité de donner son propre sens [...], mais aussi, et ceci constitue une grande partie du problème, définissent une image particulière de l'enfant comme réelle; cette image de l'enfant devenant lentement gravée dans les institutions et les structures sociales et devenant partie de la réalité sociale .

-
1. En anglais : « future-oriented consent ».
 2. Voir les écrits de Farson, et de Holt, cités par Freeman, 1992.
 3. Cette approche est présentée par Verhellen (1994) afin de soutenir la nécessité de prendre en compte certaines compétences des enfants.
 4. L'interactionnisme symbolique explique l'évolution et la signification d'un nombre de processus de vie fondamentaux (Verhellen, 1994).
 5. Cappelaere et Verhellen, 1992, p. 267.
 6. Verhellen, 1994, p. 21.

Il apparaît urgent pour cet auteur de supprimer la division actuelle entre groupes d'âge qui vivent dans des mondes séparés. Le mouvement des droits de l'enfant défend également le droit de l'enfant à participer au développement de ses propres conditions de vie et à celui de la société. Un accès égal aux ressources et aux structures nécessaires devrait donc lui être conféré.

La protection nécessaire à accorder à l'enfant ne devrait pas lui dénier le droit de faire ses propres choix, mais accompagner sa liberté de choix en portant soin et attention aux alternatives qui lui sont offertes et en prévenant la coercition et l'exploitation liées à son âge.

1.3.3 La notion de compétence

La question de la compétence des enfants à exercer leurs droits dans diverses situations constitue l'un des principaux débats du mouvement des droits de l'enfant et suscite diverses controverses.

Sur le plan légal, les adultes sont présumés compétents. Cette présomption fonde généralement leur capacité à jouir des droits civils et à les exercer. Par contre, pour les enfants, il est question d'une compétence qui doit encore se développer et s'acquérir; les enfants sont présumés incompétents à faire des choix autonomes et à prendre des décisions rationnelles.

La majorité, déterminée à 18 ans dans la plupart des pays, prescrit de manière arbitraire, la compétence des personnes, alors que cette « notion n'existe pas *in abstracto* et doit être évaluée *in concreto* pour chaque situation particulière ». Divers auteurs, dont Freeman (1992), considèrent cette distinction de l'âge comme non pertinente, au même titre que celle de la couleur de peau. Quelle distinction en termes de capacités et de compétences pourrait réellement être avancée entre une personne de 18 ans et une autre de 17 ans et 364 jours?

Pour certains, les enfants ne seraient pas physiquement, intellectuellement et émotionnellement suffisamment matures et n'auraient pas l'expérience requise pour émettre un jugement rationnel sur ce qui est ou n'est pas dans leur intérêt.

Pour d'autres,

il est bien sûr vrai que beaucoup d'enfants sont plus manipulables et peuvent plus facilement être influencés que beaucoup d'adultes. Il est bien sûr vrai qu'ils ont besoin de beaucoup d'informations auxquelles les adultes ont accès. Il est bien sûr vrai qu'ils ont tendance à donner plus d'importance au présent qu'au futur proche que ne le font la plupart des adultes. Il est vrai qu'ils n'ont pas la même expérience de vie que beaucoup d'adultes ont. Mais toutes ces choses ne sont pas des arguments qui vont à l'encontre de la reconnaissance de leurs capacités cognitives et pratiques. Ce sont des arguments en faveur de la

1. Jaffé, & Rey Wicky, 1996, p. 99.

nécessité de les protéger contre les abus et la manipulation, contre les inégalités de pouvoir .

Cette optique, peut-elle justifier le maintien du double principe qui accorde une série de droits aux adultes avec la capacité de les exercer et une autre aux enfants en leur accordant protection mais en les maintenant sous le contrôle de l'adulte ?

Ce que l'enfant sait, ce dont il est capable et qui il est, a fait l'objet de peu d'études systématiques . C'est pourquoi, les arguments de son incompétence continuent à dominer le débat. Cependant, plusieurs études montrent que les enfants sont plus compétents qu'on ne le pense généralement. Dans la vie de tous les jours, ils démontrent avoir plus de résilience, de force et de persévérance que théoriquement possible. Et

à bien des égards, on peut soutenir que la compétence des enfants dans des domaines qui les concernent dépend moins de leurs capacités 'mesurables' que de la volonté de l'adulte, de sa formation, de son mandat et de sa capacité à aider l'enfant à mettre en œuvre ses compétences .

C'est pourquoi, selon Verhellen (1994), le débat sur la compétence des enfants devrait conclure qu'il est essentiel de reconnaître le droit des enfants à l'autodétermination afin de les rendre plus compétents et non le contraire, c'est-à-dire de faire en sorte « que leur droit à l'autodétermination soit (graduellement) reconnu parce qu'ils ont acquis (petit à petit) plus de compétences » .

-
1. Mortier, 1996, p. 86.
 2. Freeman, 1992.
 3. Rappelons que Piaget a été un précurseur dans ce domaine.
 4. voir p.e. Melton, G.B., Koocher, G.P., & Saks, M.J. (Eds.) (1983). *Children's competence to consent*. New York : Plenum Press; Mortier, 1996.
 5. Jaffé, & Rey Wicky, 1996, p. 100.
 6. Verhellen, 1994, p. 26.

1.4 La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant

1.4.1 Historique¹

L'histoire des droits de l'enfant est intimement liée à celle des droits de l'homme.

1.4.1.1 Bref historique des droits de l'homme

La question des droits de l'Homme est restée principalement nationale jusqu'au XXe siècle; rappelons pour mémoire que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789) contenait des droits traditionnels civils et politiques. La première Convention de Genève (1864), promue par la Croix-Rouge et la Convention de La Haye (1899), toutes deux traitant de droits humanitaires en situation de guerre, ont constitué le premier pas vers l'établissement des droits de l'homme valables au-delà des États. L'internationalisation a vraiment pris place après la Première Guerre Mondiale et la communauté internationale a commencé à s'organiser et à se doter d'institutions.

En 1919, la Ligue des Nations est créée pour maintenir la paix mondiale et adopte en 1926 la Convention Internationale sur l'Abolition de l'Esclavage. Elle ne réussira cependant pas à empêcher la Deuxième Guerre Mondiale. En 1945, l'Organisation des Nations Unies voit le jour, avec le but de maintenir la paix et la sécurité internationale et de promouvoir une coopération internationale dans les affaires économiques, sociales, culturelles et humanitaires. La Charte des Nations Unies se réfère répétitivement au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conçues comme la fondation de la paix et de la démocratie. Le 10 décembre 1948, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme était adoptée pratiquement à l'unanimité par l'Assemblée Générale des Nations Unies. Cette Déclaration Universelle attache une grande importance aux droits de l'homme traditionnels, mais traite de droits économiques, sociaux et culturels. La Convention Internationale des Droits économiques, sociaux et culturels et la Convention Internationale des Droits politiques et civils ont été adoptées en 1966.

En principe tous les droits de l'homme sont interconnectés et il n'est pas question de préséance entre eux; historiquement parlant, on peut distinguer, trois générations de droits de l'homme :

1. Les informations contenues dans ce chapitre sont tirées de Saunier, F. (1970). *L'enfant et ses droits*. Paris : Fleurus, et de Verhellen E. (1994). *Convention on the Rights of the Child*. Leuven, Belgique : Garant.

- La première génération remonte au XVIII^e siècle¹. Ces droits peuvent être décrits comme les premières armes défensives contre la souveraineté des législateurs.
- La deuxième génération propose une attitude plus défensive envers l'état. Une abstention de l'interférence exagérée de l'état contenue dans la première génération est complétée par un appel urgent au sens social de la responsabilité de l'état. Traitant essentiellement de justice sociale, cette seconde génération a été insérée dans des textes légaux pour la première fois dans la Constitution Russe (1918). Un accroissement de discussions sur le droit des personnes est apparu ces dernières années.
- La troisième génération traite de ce que l'on nomme des droits à la solidarité, comme le droit à la paix, à un environnement sain, à l'intégrité culturelle, etc. Le débat sur la forme et le contenu de ces droits est encore actuel.

Dans le tournant de notre siècle, un intérêt considérable pour la protection de l'enfant s'est manifesté avec évidence. La Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 a été fortement influencée par les changements de la perception de l'enfant et par le projet des droits de l'homme.

1.4.1.2 *Bref historique des droits de l'enfant*

En 1913, le Congrès international pour la Protection de l'Enfance réunit 37 États, mais le projet d'association internationale est stoppé par la première guerre mondiale. À Genève, en 1920, l'Union internationale de Secours aux Enfants est fondée sous l'égide de la Croix-Rouge. En 1921 naît à Bruxelles l'Association internationale de Protection de l'Enfance. En 1923, l'Union internationale de Secours aux Enfants entreprend de rédiger la charte programme de son action pour l'enfance. Cette déclaration est intitulée « Déclaration des Droits de l'Enfant », elle acquiert une grande autorité sous le titre de *Déclaration de Genève* et récolte une adhésion totale de l'Assemblée de la Société des Nations en 1924. En 1946 s'opère une fusion de l'Union internationale de Secours aux Enfants et de l'Association internationale de Protection de l'Enfance sous le titre de l'Union Internationale de Protection de l'Enfance (U.I.P.E). La Déclaration de Genève devient la charte de la nouvelle union, elle sera légèrement modifiée en 1948. Le 10 décembre 1948, l'Organisation des Nations Unies proclame la Déclaration universelle des Droits de l'Homme. Le 20 novembre 1959, la *Déclaration des Droits de l'Enfant* fut proclamée solennellement après votation unanime des 78 États membres par l'Organisation des Nations Unies.

La *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* a été adoptée le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Dix ans après l'Année Internationale de l'Enfant et trente ans après la Déclaration

1. Principalement la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789).

des Nations Unies sur les droits de l'enfant, la Convention est venue compléter l'arsenal des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Elle est entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

Selon Verhellen (1994), le développement des instruments internationaux traitant des droits de l'enfant est une illustration des changements de la perception de l'enfant.

La Déclaration de Genève (1924)

La Déclaration de Genève (1924) est clairement un instrument défensif en vertu de ses origines. La Première Guerre Mondiale a laissé des millions d'enfants dans des conditions déplorables. Les cinq objectifs fondamentaux de l'Organisation internationale « Save the Children International Union » ont été organisés en cinq programmes appelés la « Déclaration des Droits de l'Enfant ». Sans qu'il y ait référence à des droits en tant que tels, la Déclaration souligne les obligations des adultes envers les enfants. L'enfant est protégé en tant que personne avec ses droits, mais reste dépendant des adultes pour revendiquer les droits contenus dans la Déclaration. Elle prend une ligne défensive sur les conséquences de la Première Guerre Mondiale et va plus loin en insistant sur les besoins économiques et sociaux des enfants. En 1934, la Déclaration a été reconfirmée par l'Assemblée Générale de la Ligue des Nations. Pour la première fois et grâce à la Déclaration, les droits de l'enfant devinrent un concept de loi publique et internationale; elle devait devenir la pierre angulaire de toutes les initiatives législatives internationales futures concernant les droits de l'enfant.

La Déclaration des Droits de l'Enfant (1959)

Après la Deuxième Guerre Mondiale, la Déclaration de Genève a été considérée comme base de discussion en vue de changer les attitudes envers les droits de l'enfant. En 1950, une nouvelle version a été proposée à la Commission des Droits de l'homme¹. La Déclaration des Droits de l'Enfant fut unanimement adoptée par les 78 membres de l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1959. Comparée à la Déclaration de Genève, cette déclaration est bien plus précise et son contenu et ses principes ont été considérablement élargis. Elle ne se réfère pas seulement aux besoins tangibles de l'enfant, mais également au besoin d'amour et de compréhension. Elle souligne le besoin de réunion des familles, de soins pré- et post-nataux pour la mère et l'enfant, le principe du droit au nom et à la nationalité, le principe de l'éducation primaire obligatoire et gratuite. L'exploitation est contrée par une série de provisions interdisant le travail des enfants avant un certain âge et la protection renforcée par l'institution du droit au jeu et à la récréation. La nouveauté exceptionnelle réside dans le fait que parents, hommes et femmes individuellement, organisations de

1. Dépendante du Conseil Économique et Social des Nations Unies.

bénévoles, autorités locales et gouvernements nationaux sont appelés à reconnaître ces droits et à assurer leur instrumentalisation dans la législation ou par d'autres moyens. « L'effet horizontal » de la Déclaration signifie qu'elle ne s'adresse pas seulement au corps des gouvernements (États parties, institutions ou autres organisations internationales), mais également aux parents, aux individus, et aux organisations bénévoles qui sont tous responsables de son instrumentalisation.

Si la Déclaration de Genève considère les enfants comme de simples objets de la loi (à qui il faut donner ceci ou cela), la Déclaration des Droits de l'Enfant fait le premier pas vers la reconnaissance des enfants en tant que sujets de droit. Dans le texte, un glissement de l'importance accordée à la protection de l'enfant vers la protection des droits de l'enfant peut être noté. En d'autres termes, l'enfant est considéré en tant qu'être à part entière.

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989)

Le texte des différentes déclarations s'est étoffé depuis la Déclaration de Genève en 1924 constituée d'un préambule et de 5 points, à la Déclaration des Droits de l'Enfant en 1959 constituée d'un préambule et de 10 principes, jusqu'à la Convention relative aux droits de l'enfant en 1989 constituée d'un préambule étendu (13 paragraphes) et de 54 articles séparés.

Pour la première fois dans l'histoire des traités internationaux essentiellement basés sur la protection de l'enfant, la Convention de 1989 consacre au moins une dizaine d'articles aux droits de la personnalité individuelle : droit à la liberté d'expression, de pensée, de conscience, de religion, d'association, etc.

1.4.2 Contenu et principes

Se réclamant d'une vision novatrice de l'enfance, la Convention reconnaît l'enfant comme sujet de droits fondamentaux, destinataire de mesures de protection et capable de participation¹, et regroupe en un seul texte les droits civils, sociaux, économiques et culturels de l'enfant². Elle s'applique à tous les êtres humains âgés de moins de 18 ans sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable.

Cinq principes directeurs sous-tendent l'esprit de la Convention : non-discrimination (2)³, intérêt supérieur de l'enfant (3), primauté de la famille

-
1. Appelé le principe des trois P : « Provision : droits qui pourvoient à certains besoins et l'accès à certains services (éducation, santé,...), Protection : le droit d'être protégé de certaines activités (maltraitance, exploitation,...), Participation : le droit d'agir dans certaines circonstances et d'être impliqué dans les prises de décision ». (Verhellen, 1994, p. 74).
 2. Lückér-Babel, 1995a.
 3. Les chiffres entre parenthèses renvoient aux articles de la Convention.

(9), capacité croissante de l'enfant d'exercer lui-même ses droits (5) et droit de l'enfant d'être entendu et écouté (12).

Verhellen (1994) subdivise les articles de la Convention en trois parties générales :

I. Articles 1 à 41 : les articles substantiels définissant les droits civils, sociaux, économiques et culturels de l'enfant et les obligations des États parties qui ratifient la Convention. Ils constituent les champs d'application des principes directeurs.

1. *Droits intrinsèquement liés à la personne de l'enfant*

- droits à la survie et au développement (6), de connaître ses parents et d'être élevé par eux (7), à un nom et à une nationalité (7), à la protection de son identité (8), à la protection contre les mauvais traitements (19).

2. *Droits de l'enfant dans sa famille*

- respect de la responsabilité primaire et du rôle primordial des parents (9, 18, 27), droit de la famille à un soutien de l'État (18, 27), protection contre les séparations injustifiées (9, 10, 11, 16), placement familial et adoption (20, 21).

3. *Droits de l'enfant dans la société*

- droits civils : libertés d'opinion et d'expression (13), de religion (14), d'association (15), protection de la vie privée (16), accès à une information appropriée (17), contrôle des placements en institution (25).
- droits sociaux, économiques et culturels : droits à la santé (24), à la sécurité sociale (26), à un niveau de vie suffisant (27), à l'éducation (28, 29), au repos et aux loisirs (31).

4. *Droits de l'enfant dans des circonstances particulières*

- face aux problèmes politiques : enfants réfugiés (22), enfants dans des conflits armés (38), protection contre la torture (37), enfants de prisonniers politiques (9, al. 4), enfants de minorités (30).
- face à l'exploitation : enfants travailleurs (32), trafic de drogues (33), exploitation sexuelle (34), vente et trafic d'enfants (35).
- face aux problèmes dans la société : enfants en prison (37), enfants délinquants (40), enfants consommateurs¹ de drogues (33), pratiques traditionnelles nuisibles à leur santé (24) .

II. Articles 42 à 45 : les procédures de contrôle de l'instrumentalisation de la Convention.

III. Article 46 à 54 : les stipulations formelles gouvernant l'entrée en vigueur de la Convention.

1. Tiré de *La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, édité par Défense des Enfants-International (DEI), Section Suisse, Genève, octobre 1994, cité par Lückner-Babel, 1995a, p. 18-19.

1.4.2.1 Portée de la Convention

La Convention n'existe pas seulement afin d'éviter de possibles violations des droits des enfants (approche défensive ou réactive) mais elle génère également du respect envers les enfants (approche offensive ou pro-active). Selon Verhellen (1994), cette approche offensive contribuera certainement au changement fondamental de la représentation de l'enfant. La Convention n'est pas uniquement destinée aux pays du tiers-monde; mais également aux pays occidentaux, où il reste encore beaucoup à faire pour établir les droits des enfants dans des catégories ou des situations spécifiques. En cela, elle constitue également un instrument du dialogue Nord-Sud.

1.4.3 Ratification de la Convention

La ratification¹ de la Convention est une procédure légale, lors de laquelle le corps compétent de l'État partie — dans la plupart des cas la tête du gouvernement — confirme l'accord international et accepte les obligations qui sont imposées. L'article 51 de la Convention stipule qu'il est permis aux États d'émettre des réserves sur le texte, mais « aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention n'est autorisé ».

Une fois la Convention ratifiée par un État, celui-ci doit soit la transposer dans sa législation nationale, soit reconnaître le principe d'application directe de la Convention internationale dans sa propre législation. Ce n'est qu'ensuite que des individus citoyens peuvent tenter de faire appliquer des droits garantis par la Convention auprès d'un tribunal national.

1.4.3.1 La situation en Suisse

Le Conseil fédéral a signé la Convention relative aux droits de l'enfant le 1er mai 1991. Étant donné les incidences de la Convention sur l'ordre juridique suisse, cette dernière n'a été ratifiée qu'en 1997 par la Suisse.

En effet, adhérer à la Convention signifie que la Suisse, Confédération, cantons et communes confondus, (doit) incorporer des notions telles que l'intérêt supérieur et la participation des enfants à chaque fois que ceux-ci seront concernés. [...]

La Suisse (s'est trouvée) dans l'impossibilité de satisfaire à toutes les exigences de la Convention et (a émis) des réserves au moment de son adhésion .

-
1. L'article 49.2 prévoit que la Convention « entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion ».
 2. Lücker-Babel, 1995a, p. 21-22.

Ratifiée le 24 février 1997 par le Conseil Fédéral, la Convention est entrée en vigueur le 26 mars 1997 en Suisse. Elle est le 190^e État à la ratifier! Cette ratification a été assortie de cinq réserves qui concernent :

- le droit à l'acquisition de la nationalité suisse (article 7),
- la question du regroupement familial pour les enfants de travailleurs étrangers (article 10),
- la séparation des enfants et des adultes privés de liberté (article 37),
- la procédure pénale applicable aux mineurs, octroi de l'assistance gratuite d'un avocat dans toute procédure pénale, l'exigence de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, la gratuité de l'assistance d'un interprète (article 40),
- sans mentionner explicitement l'article 5, la cinquième réserve stipule que « la législation suisse relative à l'autorité parentale demeure réservée » .

Commentaires

Bien que certaines des réserves décrites ci-dessus semblent aller à l'encontre de l'objet et du but de la Convention, la Suisse a pu la ratifier sans modifier au préalable les divers points de sa législation s'y opposant.

1.4.4 Le contrôle de l'application de la Convention

On ne peut contester la valeur symbolique de la Convention et la communauté internationale devrait maintenant s'assurer que chaque pays exécute ses obligations envers les enfants, instrumentalise les droits de l'enfant dans la pratique et se dote de moyens appropriés à leur promotion. Freeman (1992) soulève la question des effets secondaires possiblement pervers, par exemple les lois qui restreignent l'avortement (aux États-Unis) n'ont pas pour intention de promouvoir les avortements clandestins.

Les mouvements de réforme qui visent à renforcer les droits des enfants et le développement concomitant de structures professionnelles pour mettre en œuvre de telles réformes, génèrent souvent leurs propres séries de problèmes et ceci peut, assez naturellement, avoir des effets délétères sur les droits des enfants. [...] De ce point de vue, peut-on être sûr [...] qu'accorder plus de droits aux enfants dans le processus de divorce ne serait pas utilisé pour contrôler leurs mères? Ceci n'a pas pour but de plaider la prudence dans la mise en œuvre des droits des enfants, mais [...] de recommander une surveillance adéquate des pratiques institutionnelles de ceux qui ont pour tâche de les opérationnaliser .

-
1. Bulletin suisse des droits de l'enfant (1997), 3 (1), p. 2.
 2. Freeman, 1992, p. 41.

Dans le champ des lois internationales, il n'existe en principe pas d'instance supérieure contrôlant l'application des textes; chaque convention contient en elle-même des stipulations sur le contrôle de son application. La Convention confie le contrôle de son application à une instance spéciale appelée le Comité des droits de l'enfant, créé le 27 février 1991.

Contrairement au système de contrôle utilisé pour d'autres conventions, principalement basé sur des mesures de sanctions, les auteurs de la Convention souhaitent obtenir l'adhésion des États signataires à l'idée d'aide mutuelle, d'assistance et de coopération. L'expérience a en effet montré que les accusations et les sanctions sont souvent contre-productives et que, bien souvent, des pays ne ratifient pas les conventions internationales par crainte d'être sanctionnés pour leur incapacité à appliquer tous les articles.

La Convention prévoit que les États parties s'engagent à soumettre au Comité un rapport sur la situation nationale des droits de l'enfant dans les deux ans à compter de la date de l'entrée en vigueur de la Convention (art. 44, al. 1a), et par la suite tous les cinq ans (art. 44, al. 1b). Dans ces rapports, les États parties peuvent demander conseils et assistances techniques leur permettant d'appliquer certaines dispositions de la Convention. L'inconvénient de cette approche peut résulter dans le fait que le contrôle de l'application de cette Convention n'offre pas la même protection contre les violations que les autres conventions internationales.

Selon Verhellen (1994), le rapport des États parties contenant une demande ou un besoin de conseils revêt une fonction importante, car il peut devenir un instrument de promotion des intérêts des droits de l'enfant et un moyen actif pour améliorer la situation des enfants. Cependant, cela met l'État dans une situation particulière de juge et partie. L'État peut difficilement être considéré comme l'avocat impartial de l'intérêt des enfants, ayant à prendre en compte une série d'intérêts qui ne coïncident pas toujours avec celui des enfants. Les organisations non-gouvernementales, impliquées dans la rédaction de la Convention, jouent un rôle actif dans le contrôle de son application.

-
1. Ci-après le « Comité ».
 2. L'article 4 de la Convention traitant des droits économiques, sociaux et culturels stipule que les États parties prennent les mesures législatives, administratives et autres « dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale ».
 3. Article 45 b) et d) de la Convention.
 4. Ceci est réalisable en vertu de l'article 44.6 de la Convention qui demande aux États d'assurer « à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays ». Le Comité des Droits de l'Enfant a déclaré son intention de promouvoir cette fonction de chien de garde et son désir d'accepter les critiques et les informations supplémentaires des organisations non-gouvernementales.

Mis en pratique, l'article 12 de la Convention, qui garantit à l'enfant capable de discernement, « le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité » impliquerait également la participation des enfants au contrôle de l'application de la Convention.

1.5 La promotion des droits de l'enfant¹

Différentes stratégies sont utilisées par le mouvement des droits de l'enfant pour promouvoir la place des enfants dans la société. On peut retenir la pratique du « child-advocacy », généralement placée sous la responsabilité d'un ombudsman pour enfants, les études s'intéressant au point de vue de l'enfant, les associations auto-organisées d'enfants (parlement des jeunes), et le développement de réseaux internationaux.

« Child-advocacy »

La stratégie la plus importante du mouvement des droits de l'enfant est la représentation de l'enfant appelée « child-advocacy »² à travers la nomination d'un ombudsman pour enfants. Selon Verhellen (1994), le « child-advocacy » vise à changer les systèmes, les institutions et la législation dans la société afin d'accroître les opportunités d'autodétermination des enfants; l'objectif est d'opérer tout changement structurel nécessaire.

Deux modèles se dégagent de cette stratégie :

1. Le modèle scandinave prévoit la nomination par les autorités d'un ombudsman pour enfants ayant comme tâche d'améliorer leur rôle et leur fonctionnement dans la société.
2. Le modèle anglo-saxon repose sur la force d'organisations privées plutôt que³ sur celle des autorités. Ce modèle, appelé « class-action-litigation », utilise la stratégie suivante : un petit groupe de plaignants interpelle une pratique, une politique ou une législation qui ne concerne pas qu'eux, mais tout un groupe de personnes dans la même situation. Quand un cas est reconnu en tant que « class-action » (quand elle remplit un nombre d'exigences strictes), le verdict du tribunal peut être appliqué à toute personne concernée.

-
1. Les informations contenues dans ce chapitre sont tirées de Verhellen E. (1994). *Convention on the Rights of the Child*. Leuven, Belgique : Garant.
 2. Voir les ouvrages de Melton, notamment (1983) *Child advocacy : Psychological issues and interventions*. New York : Plenum Press.
 3. Une part importante des activités de représentation légale aux États-Unis prend cette forme.

D'autres initiatives visent à promouvoir la reconnaissance des mineurs comme des personnes avec des droits légaux et à attirer l'attention sur la vision du monde des enfants. À titre d'exemples, on peut mentionner :

- Les « Children's rights shops » (Hollande) fournissent des informations, une guidance et une assistance légale aux enfants et donnent des conseils sur la position légale des enfants à toute personne qui peut en avoir besoin.
- Le « Service des Droits des Jeunes » (Belgique) qui offre une aide légale aux jeunes gens et à leur famille, se réfère à la loi afin de promouvoir la reconnaissance de l'indépendance des jeunes gens, en même temps qu'une prévention et une assistance des cas d'exclusion sociale.
- La « Japan Federation of Bar Associations » (Japon) désigne au mineur impliqué dans une procédure juridique, un avocat spécialisé dans la législation de la protection des enfants.
- Les services d'accès au droit et avocats des jeunes (France), dont THEMIS (Strasbourg), pour l'accès au Droit des enfants et des jeunes, informent, sensibilisent et conseillent les enfants et les jeunes sur leurs droits.
- Juris Conseil Junior (Genève), accès au Droit pour enfants et adolescents, est une permanence juridique pluridisciplinaire qui offre des consultations juridiques pour mineurs.

Les études s'intéressant au point de vue propre des enfants

Les enfants ont le plus souvent été considérés par les chercheurs en psychologie et en sociologie comme des objets d'étude plutôt que comme des sujets d'étude. Il apparaît également nécessaire d'étudier les enfants en tant que catégorie sociale et section séparée de la population d'un point de vue structurel. Un travail pionnier dans ce sens a été réalisé par le « European Centre for Social Welfare Policy and Research » dans leur étude intitulée « Childhood as a social phenomenon ».

L'auto-organisation des enfants

Le mouvement des droits de l'enfant souligne la nécessité de s'intéresser à la masse d'expériences communes à tous les enfants, plutôt que de se focaliser sur les problèmes particuliers de groupes spécifiques d'enfants. Dans ce sens, il soutient toute initiative basée sur la reconnaissance des enfants et des jeunes comme partenaires d'une communauté (conseil d'élèves, parlement de jeunes, etc.).

-
1. Rappelons que Piaget a été un pionnier dans le fait de considérer l'enfant comme un sujet d'étude.
 2. Cette étude sociologique examine dans divers pays les enfants comme un groupe ayant une évolution historique et culturelle; l'enfance est appréhendée comme une construction sociale et comme un facteur structurel permanent dans la société. Qvortrup, 1990, cité par Verhellen, 1994, p. 31-32.

Le développement de réseaux

Mettre en contact des personnes et des organisations œuvrant à la promotion des droits de l'enfant est également une priorité de ce mouvement. À titre d'exemple, on peut mentionner le réseau européen ERASMUS, actuellement appelé SOCRATES, qui relie 16 universités dans le champ de la formation aux droits de l'enfant, les publications scientifiques comme « International Journal of children's rights » et le travail des organisations non-gouvernementales, comme « Défense des Enfants International ».

1.6 Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹

L'article 3 de la Convention énonce que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent. Ce principe qui apparaît huit fois dans la Convention demande une égalité de traitement pour tous les enfants

sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou toute autre situation .

Quoique de plus en plus fréquemment inscrit dans les lois, ce principe manque de définition et de contenu et laisse ainsi la place à diverses interprétations et critiques.

L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. À la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial .

L'appréciation du principe par ceux qui prennent des décisions concernant les enfants risque de devenir une question d'opportunité et d'intime conviction . De plus, « l'utilisation d'une norme est inconsistante avec la juste répartition de la responsabilité entre la famille et l'État » .

1.6.1 L'indétermination du principe

Au vu de l'indétermination du principe, différents auteurs comme Goldstein, Freud & Solnit⁶, Mnookin⁷ proposent une formulation alterna-

1. Dans ce chapitre il y sera fait référence en parlant simplement du principe.
2. Article 2 de la Convention.
3. Charbonnier 1959, cité par Théry, 1992, p. 16.
4. Théry, 1993.
5. Mnookin, 1975, cité par Eekelaar, 1994, p. 45.
6. Goldstein, Freud & Solnit, 1980, 1983.
7. Mnookin, 1975, cité par Parker, 1994.

tive au principe, celle « du choix de l'alternative la moins préjudiciable / nocive à l'enfant ». Dans l'état actuel des connaissances, lorsque des dispositions sont prises au sujet du futur des enfants, les prévisions de leurs effets sont nécessairement spéculatives. Même si elles ne l'étaient pas, il n'existe aucun consensus sur les valeurs inhérentes aux choix des résultats possibles. Dans la sphère du droit privé, Mnookin (1975) suggère donc deux règles qui pourraient remplacer partiellement le principe :

1. aucune action qui pose une menace immédiate et substantielle sur la santé physique de l'enfant ne devrait être intentée;
2. à l'occasion de conflits parentaux, le tribunal devrait accorder une préférence à l'adulte qui a une relation psychologique avec l'enfant .

La question des valeurs est souvent avancée pour soutenir l'indétermination du principe.

Décider ce qui est mieux pour l'enfant pose la question non moins ultime des desseins et des valeurs de la vie elle-même. Le juge devrait-il se soucier premièrement du bonheur de l'enfant ? Ou de l'éducation spirituelle et religieuse de l'enfant ? Le juge devrait-il se soucier de la « productivité » économique de l'enfant alors qu'il grandit ? Les valeurs premières se situent-elles dans les relations interpersonnelles et chaleureuses ou dans la discipline et le sacrifice de soi ? La stabilité et la sécurité d'un enfant sont-elles plus désirables que la stimulation intellectuelle ? Ces questions pourraient être élaborées sans fin .

Selon Mnookin (1975) cité par Eekelaar (1994), le juge ne trouvera dans la société ni un clair consensus sur les stratégies d'éducation de l'enfant, ni une hiérarchie appropriée des valeurs ultimes. Une revue de la littérature permet de conclure que l'indétermination du principe est réduite dans la pratique, car son application est fortement influencée par les standards en vigueur dans la communauté. Le manque de consensus sur ces standards soulève à juste titre un débat d'idées. Par exemple en Australie, le scepticisme sur l'utilité du principe a affecté jusqu'au monde judiciaire :

Un juge de la Cour Suprême disait en 1992 : « il faut se rappeler qu'en l'absence de règles légales, l'approche de l'intérêt supérieur dépend du système de valeurs du décideur. En l'absence de règle ou de ligne directrice, cette approche crée simplement un pouvoir de décision qui n'est soumis à aucun examen... » .

1.6.1.1 La théorie du choix rationnel et la thèse du scepticisme

L'indétermination du principe est confirmée et subordonnée à la question des valeurs de la société, selon la théorie du choix rationnel . Celle-ci

1. Cette règle est présentée et discutée au chapitre 3.1.3. Facteurs associés à l'ajustement de l'enfant.
2. Mnookin, 1975 cité par Parker 1994, p. 30.
3. Schneider, 1993, cité par Eekelaar, 1994.
4. Brennan, 1992, cité par Parker, 1994, p. 26.
5. Mnookin, 1985, Elster, 1989, cités par Parker, 1994.

prévoit que dans toute décision problématique, une réponse déterminée demande que les conditions suivantes soient satisfaites :

1. Toutes les options doivent être connues;
2. Tous les effets possibles de chaque option doivent être connus;
3. Les probabilités de chaque effet possible doivent être connues; et
4. La valeur rattachée à chaque effet doit être connue.

En ce qui concerne l'attribution de la garde à un des deux parents, il paraît difficile de satisfaire ces quatre conditions. Les effets possibles sur l'enfant seront forcément spéculatifs et la valeur accolée à chaque effet possible d'ordre subjectif.

Dans le même sens, la thèse du scepticisme à l'égard des règles² prétend dans sa forme la plus extrême que la doctrine légale n'est jamais capable de fournir une réponse déterminée en rapport avec n'importe quelle situation. Elle suggère que décider que le principe existe en tant que règle, soulève la question non moins cruciale des possibilités de l'activité humaine coordonnée et prévisible.

1.6.1.2 Commentaires

L'appréciation du principe de l'intérêt supérieur dépend donc de la manière dont nous appréhendons le monde dans lequel nous vivons et celui dans lequel nous aimerions vivre. Ceci diverge grandement d'une région à l'autre du monde et il paraît évident que l'histoire, la culture et les conventions spécifiques locales de la communauté influencent les critères du principe.

Comme le souligne Parker (1994), théoriquement, accorder des droits aux enfants serait également leur accorder tout pouvoir pour déterminer ce qui est dans leur intérêt. Ceci renvoie à la question de la compétence restreinte des enfants à certains âges. Mais donner pouvoir à un autre (un adulte) de déterminer ce qui est dans leur intérêt pourrait revenir à les laisser sans droit.

L'évaluation objective de l'intérêt supérieur de l'enfant subordonnée à un consensus sur les valeurs paraît impossible. En l'état des connaissances actuelles, il serait peut-être plus opportun de parler de l'alternative la moins préjudiciable ou la moins nocive pour l'enfant, à un moment donné, dans une situation donnée.

Cependant, rappelons que l'enfant, en interaction constante avec le monde qui l'entoure, détermine également de manière croissante, le cours de sa vie. Stimulé à se forger petit à petit son opinion, sa sensibilité, son identité, que ce soit dans le creuset familial ou à l'école, il devient en gran-

-
1. Cette liste a été adaptée par Parker 1994, p. 29, à partir de Elster, 1989 et Mnookin, 1985.
 2. En anglais : « rule-scepticism », Kripke, 1982, cité par Parker, 1994.

dissant de plus en plus acteur de son destin, il produit des messages autant qu'il en reçoit, il est un membre de ses différents systèmes d'appartenance au fur et à mesure du développement de ses compétences.

À ce titre, il apparaît sensé et cohérent de lui donner la parole, de prendre en compte ses désirs, ses besoins, de l'écouter. La question cruciale reste de savoir s'il est capable de comprendre la question et les enjeux de la situation quand on sait que l'affirmation d'un enfant peut être momentanément influencée par un contexte spécifique et émotionnel, particulièrement quand il s'agit de se prononcer sur le divorce de ses parents et les conséquences qui en découlent. Relevons cependant qu'il en est de même pour les adultes et notamment pour les parents au moment du divorce.

1.6.2 L'objectivation et l'autodétermination dynamique : une réponse possible à la détermination du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant

Dans cette mouvance, Eekelaar (1994) propose deux méthodes permettant de se former, dans le contexte légal spécifique des décisions de justice sur l'éducation des enfants, une représentation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant : l'objectivation et l'autodétermination dynamique.

1.6.2.1 L'objectivation

L'objectivation est souvent un processus de généralisation sur la réalisation du bien-être des enfants dans la société où ils vivent, fondée sur une vue globale de la socialisation, sur les croyances personnelles des dirigeants de la société ou sur les exigences des nécessités organisationnelles. Dépendante dans une large mesure d'un consensus sur les valeurs, la fiabilité de l'évaluation objective est difficile à déterminer; c'est pourquoi Eekelaar introduit l'élément de l'autodétermination dynamique dans le processus de prise de décision.

L'objectivation en tant que processus de généralisation est inévitable et nécessaire et préside à la construction des représentations sociales. L'idée, par exemple, que l'éducation par la fréquentation obligatoire de l'école va promouvoir, avec évidence, l'intérêt des enfants, peut être vue comme une telle généralisation.

1.6.2.2 L'autodétermination dynamique

Le principe de l'autodétermination dynamique part de l'idée que l'enfant est placé dans un environnement sécurisant mais qui l'expose à une large gamme d'influences. Au cours de son développement, il est encouragé à utiliser ces influences de telle manière à contribuer lui-même aux résultats et à les déterminer partiellement. Selon Eekelaar (1994), cette contribution de l'enfant démontre que le résultat est dans son intérêt supérieur. Ce processus est dynamique, car il reconnaît que le parcours op-

timal d'un enfant ne peut pas toujours être tracé au moment de la décision et qu'il doit être revu alors que l'enfant grandit. Il implique l'autodétermination, car il est donné à l'enfant l'espace pour influencer les résultats. L'autodétermination dynamique n'est pas équivalente à l'autodétermination collective et fait directement appel à chaque enfant individuel, dans chaque culture, et demande qu'il soit accordé à un tel enfant, au fur et à mesure de son développement, l'espace, dans sa culture, pour trouver son propre mode d'accomplissement. Une des caractéristiques de cette stratégie est que les dispositions initiales pourraient souvent ne pas être définitives. Dans cette optique, le tribunal ne devrait décréter aucune décision finale, et laisser ouvertes les directions dans lesquelles les relations de l'enfant iraient, dans le cas de l'attribution des droits parentaux par exemple. Un agent de protection de l'enfance pourrait contrôler les changements dans la dynamique familiale et évaluer la réceptivité de l'enfant aux développements possibles.

Ces attitudes reflètent une sensibilité accrue au caractère évolutif de la dynamique familiale et reconnaissent qu'en cas de séparation des parents, les enfants courent le risque de perdre contact, non seulement avec un parent, mais avec les possibilités de contact par les interactions avec le réseau familial de ce parent.

Il est cependant essentiel de comprendre que l'autodétermination dynamique ne stipule pas que les décisions devraient simplement être déléguées à l'enfant. Pour cela, sauf si l'enfant est compétent [...], il n'est pas question que l'opinion de l'enfant soit déterminante. Mais plus important, la méthode ne recherche pas en premier lieu à obtenir des décisions de la part des enfants. Elle ne recherche pas non plus en premier lieu les opinions de l'enfant, puisque cela implique une évaluation équilibrée de la situation dans son ensemble; cependant si un enfant désire donner une telle opinion, il devrait assurément être entendu. Il faut plutôt tendre à établir l'environnement le plus propice dans le but de permettre à l'enfant de développer sa personnalité propre et dans l'idée d'en façonner l'issue. Il revient aux adultes de décider ce que cet environnement devrait être et il est de leur responsabilité de tendre à sa réalisation .

L'écoute de l'enfant

Eekelaar (1994) évoque les difficultés liées à l'interprétation de la parole de l'enfant. Au-delà du risque lié à la subjectivité de cette interprétation réside également le fait que la décision de l'enfant soit influencée.

L'articulation de la décision des enfants peut être influencée non seulement par l'âge mais également par la manière dont ils pensent que la décision sera reçue, s'ils pensent qu'elle a des chances d'être acceptée, s'ils ont fait des promesses sur ce qu'ils devraient ou ne devraient pas dire, s'ils sont soutenus par

1. Eekelaar, 1994, p. 54.

un ami ou un membre de leur fratrie, où l'audition se déroule et comment elle est conduite .

Estimant que les comptes rendus des juges et des avocats ne constitueraient souvent pas des bases fiables pour prendre une décision fondée sur l'autodétermination dynamique, Eekelaar (1994) suggère qu'un « guardian ad litem », un travailleur social de la protection de l'enfance, soit nommé pour l'audition de l'enfant. Ceux-ci sont, selon cet auteur, dans une meilleure position pour structurer un environnement dans lequel la compétence et la personnalité de l'enfant puissent être évaluées. Cette évaluation devrait comprendre l'interprétation des désirs exprimés par l'enfant (s'il y en a), leur stabilité et leur conformité avec le processus de réalisation de soi de l'enfant.

La compétence de l'enfant

Eekelaar (1994) s'est également interrogé sur la notion de compétence légale de l'enfant. Tout en retenant l'idée qu'une décision autonome doit être réalisée dans les normes sociales, il énonce le concept de la compétence légale comme suit :

Le désir ou l'aspiration d'un enfant ne sera pas exprimé avec compétence s'il ne peut être mis en œuvre dans la réalité ou si sa réalisation est extrêmement improbable dans le laps de temps que l'enfant peut se représenter. Une réalisation sociale requiert une connaissance et une prédiction du comportement d'autres acteurs sociaux et également celles de l'enfant et donc comprend en premier lieu une capacité cognitive. Il revient aux adultes de faire ces évaluations .

Selon cet auteur, la compétence ne devrait pas être niée à un enfant pour la seule raison que ses buts dans la vie ne sont pas encore définis pendant la période de la formation de l'identité. Tenant compte de l'instabilité et de l'incohérence (inhérents au processus de formation de l'identité) de certains sentiments de l'enfant comme ceux exprimés dans l'attachement personnel, une décision est incompétente si elle reflète un sentiment ou une aspiration très sérieusement instable ou si à propos de laquelle il y a une grave disjonction entre cette décision et d'autres émises par l'individu. Si une telle décision était acceptée, elle prendrait le risque d'induire des conflits sérieux pour l'individu à un stade ultérieur de son développement.

En conclusion, l'objectivation et l'autodétermination dynamique devraient opérer en parallèle. L'autodétermination dynamique procède d'une attitude sceptique qui diminue la portée du principe de l'évaluation objective des intérêts des enfants, faite à un moment donné mais destinée à être projetée dans le futur.

-
1. Eekelaar, 1994., p. 54.
 2. Ibid., p. 55.

1.6.2.3 *Commentaires*

En présumant que la meilleure réponse à n'importe quelle question réside chez l'enfant lui-même, même s'il a besoin d'être encadré pour s'ajuster au monde social auquel il doit répondre, le principe de l'autodétermination dynamique paraît être une réponse relativement adaptée à l'enfant. Elle permet une application pratique des droits de l'enfant, notamment dans le contexte du divorce, mais nécessite une réelle adhésion à une représentation de l'enfant comme un être compétent, comme le promet la Convention.

Comme le souligne Eekelaar (1994), le concept de l'autodétermination dynamique favorise des décisions qui tendent à être plus expérimentales et ouvertes. Il positionne les enfants de manière optimale pour développer leurs propres perceptions de leur bien-être pour entrer dans le monde adulte. Perçu en ce sens, le principe de l'intérêt supérieur n'est pas une menace pour les droits de l'enfant, mais une manière de les mettre en œuvre.

Chapitre 2

LE POINT DE VUE DE LA PSYCHOLOGIE

La psychologie aborde la question du divorce essentiellement à travers l'étude du vécu de l'enfant, du couple et de la famille pendant cette période et leur ajustement à cette problématique de changement. Par rapport à l'enfant, elle polarise son attention sur certaines caractéristiques qui lui sont propres, ainsi que sur différents facteurs associés au processus de divorce, comme les relations entre les parents, les relations entre enfant et chaque parent, les relations au sein de la fratrie, la transformation du système familial, et les différentes modalités de garde et de droits de visite.

L'étude de la place de l'enfant nécessite de s'intéresser non seulement au vécu propre de l'enfant au moment de la séparation de ses parents et à son ajustement à court et à long terme à cette nouvelle situation, mais encore à ce que celle-ci implique pour l'ensemble du système familial. Dans une optique multidimensionnelle, cette perspective reste cependant insuffisante à déterminer le type de participation qui peut être attribué à l'enfant au cours du processus juridique du divorce. En effet, la place de l'enfant au moment de la séparation des parents est le fruit d'un processus historique et transgénérationnel complexe et ne peut être comprise sans explorer l'évolution de la place occupée par l'enfant dans le jeu familial dès sa naissance. « Le nouveau-né qui vient au monde est toujours introduit, avec ses propres caractéristiques préexistantes, dans un jeu familial qu'il influence et qui l'influence » ; ces relations (le "jeu familial") peuvent être vues « comme "régulatrices" des structures psychiques individuelles » dans une circularité inscrite dans l'histoire de chaque famille.

-
1. Selvini Palazzoli, Cirillo, Selvini, & Sorrentino, 1990, p. 300.
 2. Ibid., p. 299.

La présentation de quelques repères théoriques généraux concernant la psychologie de l'enfant, de la fonction parentale et de la famille vise à situer la problématique spécifique de cet ouvrage dans un cadre de réflexion plus large. Le choix qui est réalisé procède forcément d'une sélection subjective.

2.1 La fonction parentale pour l'enfant¹

Le respect des places, le respect des parents, le respect de l'enfant ne sont pas antinomiques. C'est à travers la compréhension de ce qu'est la fonction parentale qu'ils peuvent se compléter et non s'opposer. Les besoins du parent sont presque toujours corrélatifs des besoins de l'enfant. Mais il faut parfois aller à l'encontre des vœux émis consciemment par les uns et par les autres pour qu'à ces besoins il puisse effectivement être satisfait².

La question de la valeur de la fonction parentale pour le développement de l'enfant est extrêmement complexe. Échappant à toute description concrète, elle semble constituer pour l'enfant un besoin subtil et jouer un rôle essentiel dans sa vie, quoique difficile à démontrer. On s'accorde cependant à penser que les images parentales proposées jouent un rôle dans la construction de la personnalité de l'enfant, et qu'à travers ce qui constitue leurs « tâches parentales », les parents apportent concrètement à l'enfant des ingrédients à son développement. Afin de ne pas aller à l'encontre du bien-être de l'enfant, ceux-ci doivent encore être adaptés aux différents stades du développement.

La naissance d'un enfant transforme deux partenaires d'un couple en parents; dans ce sens, « c'est l'enfant qui fait ses parents » . La première

-
1. Pour cette partie, il est régulièrement fait référence au livre de G. Poussin (1993). *Psychologie de la fonction parentale*, Toulouse : Privat. Ce choix est guidé par le fait que cet auteur aborde spécifiquement dans la deuxième partie de son livre la question du rôle et de la fonction des parents du point de vue de l'enfant. Aborder la question de la fonction parentale pour l'enfant ne s'intéresse pas à ce que cela représente pour le développement des parents; « il s'agit ici du problème pour un enfant d'avoir des parents qui, d'une part, le nourrissent et le protègent (*rôles parentaux*) et qui, d'autre part, l'aident à constituer sa propre personnalité à travers les images parentales qui lui sont proposées (*fonction parentale*) » (p. 121). Cet auteur fait référence essentiellement à des théories élaborées dans le cadre de la société occidentale pour des familles dites traditionnelles. Elles ne peuvent donc être généralisées à d'autres formes d'organisation familiale et éducative, où la fonction parentale est exercée par d'autres personnes que les parents.
 2. Poussin, 1993, p. 250.
 3. Dolto, Dolto-Tolitch, & Percheminier, 1989, p. 65.

fonction des parents est donc de lui transmettre qu'il les a faits père et mère et de l'inscrire dans la lignée de filiation de leurs deux familles d'origine. La construction de l'identité de l'enfant semble dépendre d'un tel processus d'intronisation .

2.1.1 Les liens parents-enfants

L'accès de l'enfant à des fonctions comme la socialisation, l'autonomisation, etc. semble reposer sur les premières relations avec ses parents. La survie physique et psychique de l'enfant dépend de la manière dont les parents peuvent reconnaître les besoins propres de l'enfant. Dès sa naissance, celui-ci a besoin de faire confiance à une figure parentale, réelle ou substitutive, désignée sous le terme de « parent psychologique » . Ce qui compte pour l'enfant à ce moment-là est l'intensité et la continuité des échanges quotidiens avec les personnes qui s'engagent personnellement et affectivement dans les échanges avec lui, et non le fait que ces personnes soient ses parents biologiques .

Malgré cette dépendance de l'enfant à ses parents (ou figures parentales), l'enfant n'est pas un réceptacle passif aux influences de son milieu. Ses qualités innées individuelles jouent un rôle dans les échanges interactifs entre parents et enfants et peuvent activer ou inhiber un comportement parental. L'attachement constitue donc « une expérience précoce de "mutualité" entre parent et enfant » , dans laquelle les rôles de ces deux partenaires diffèrent : c'est au parent d'assumer la fonction d'encadrement du développement de l'enfant, quel que soit son âge, et non l'inverse. La qualité, la cohérence et la continuité des soins qui sont donnés à l'enfant sont essentielles à la construction de son identité. Cette fonction d'encadrement nécessite que l'adulte s'adapte aux besoins spécifiques de l'enfant

1. Dolto, Dolto-Tolitch, & Percheminier, 1989, p. 65.
2. Ce terme a été introduit par Goldstein, Freud, Solnit dans leurs différents travaux sur l'intérêt supérieur de l'enfant (1980, 1983) et a largement influencé les débats autour de l'attribution de la garde, de l'autorité parentale et du droit de visite dans les règlements des effets du divorce. Ce concept a parfois été critiqué comme étant peu opérationnalisable sur le plan juridique. Pour plus de détails concernant ces critiques, consulter entre autres Whobrey Rohman, Sales, & Lou, 1987.
3. Il faut cependant noter que ce qui est valable au début de la vie d'un enfant prend une autre signification au cours du développement. À d'autres moments de l'existence, généralement au moment de l'adolescence, l'enfant va inévitablement se poser des questions relatives à ses origines et au désir de ses géniteurs.
4. Poussin, 1993, p. 129.
5. Différents auteurs d'orientation systémique (par exemple Minuchin; Fivaz, Fivaz, & Kaufmann, etc.) ont développé des modèles d'intervention visant à soutenir cette différenciation.

et à ses demandes qui varient nécessairement à travers les diverses étapes de son développement en fonction de ses compétences croissantes, de ses besoins d'autonomisation et de socialisation progressifs. En particulier, l'enfant « change dans sa capacité à comprendre les événements, à tolérer les frustrations, et dans ses besoins et demandes de soutien, de stimulation, de guidance et de contrainte » et dans sa compréhension de la notion de temps. Contrairement à l'adulte qui peut anticiper l'avenir et par là même mieux supporter l'attente, l'enfant a une notion de temps basée sur l'urgence de ses besoins instinctuels et émotionnels; la signification du temps varie donc pour l'enfant à chaque stade de son développement. Ce n'est que progressivement en fonction du développement de sa mémoire sur les plans affectif et cognitif que l'enfant peut conserver l'image d'un parent absent. Selon Goldstein, Freud, et Solnit,

L'importance de la disparition d'un parent dépend donc pour l'enfant de la durée de la séparation, de sa répétition et de la période de développement pendant laquelle elle survient. Plus l'enfant est jeune, plus courte sera la durée au-delà de laquelle il vivra l'absence comme une perte définitive accompagnée de sentiments de privation profonde et d'impuissance .

Le style de « parentage » doit donc lui aussi évoluer, car « comme aucun besoin de l'enfant n'est stable, ce qui peut être bon pour lui à une étape de son développement peut lui nuire, à un autre stade » .

Il faut souligner que le père et la mère ont chacun une fonction propre à assumer dans le développement de l'enfant. Dans les premiers temps qui suivent la naissance, l'importance d'une relation proche avec la mère apparaît bénéfique pour l'enfant, notamment dans les activités de nourrissage où le contact mère-bébé est très proche. Les résultats de différents travaux montrent que plus l'implication du père dans une relation avec l'enfant est précoce, plus il aura un rôle important pour la suite, plus cela développerait son attachement à l'enfant. Les échanges du père sont de nature différente que ceux de la mère, mais tout aussi riches pour l'enfant. C'est pourquoi, selon Poussin (1993), la valorisation de l'intervention paternelle dès le plus jeune âge ne signifie pas que le père doive être un père « maternant » et se confondre avec la mère, au risque de priver l'enfant de la relation à un père.

L'idée que (la fonction paternelle) soit essentiellement d'essence autoritaire conduit à penser qu'elle ne doit s'exprimer qu'à partir du moment où l'enfant est en mesure de comprendre les interdits. Il faut donc rappeler que l'interdit

-
1. Goldstein, Freud, & Solnit, 1980 p. 25.
 2. Ibid., p. 47.
 3. Ibid., p. 25.
 4. Poussin, 1993, p. 126-7, fait référence aux travaux de Lamb, 1976; Greenberg & Morris, 1982; Yogman, 1982.

n'est pas nécessairement posé de façon rude et brutale, et qu'il faut être « reconnu » pour pouvoir exercer cette fonction. Cette reconnaissance implique une connaissance, donc que le père apparaisse tôt dans la vie de l'enfant, mais non à la place de la mère. La capacité d'assumer dès le départ la fonction paternelle dépendra avant tout de la façon dont le père se percevra lui-même .

2.1.1.1 Implications pratiques au moment du divorce

- Toute décision doit tenir compte des besoins spécifiques et des capacités de l'enfant, en référence au stade de développement atteint.
- Dans la mesure du possible, il faut favoriser le maintien du lien avec les deux parents; lorsque l'enfant est petit, il semble préférable que l'enfant soit placé avec le parent qui a un fort lien émotionnel avec lui, basé sur les soins quotidiens. De fait, les deux parents peuvent avoir le même type de lien émotionnel avec l'enfant. Une attribution de garde se devrait donc d'évaluer dans un premier temps comment la mère remplit la fonction maternelle et comment le père remplit la fonction paternelle, et dans un deuxième temps lequel des conjoints semble le plus apte à favoriser et respecter la manière dont l'autre remplit sa fonction propre. La décision concernant l'attribution de la garde devrait répondre à la question suivante : de quelle fonction l'enfant a-t-il le plus besoin au quotidien en tenant compte de paramètres de l'enfant (âge, sexe, besoins spécifiques, etc.) et favoriser des arrangements souples visant à faire bénéficier l'enfant autant que possible de ses deux parents et de leurs apports spécifiques. En effet, chaque parent a un rôle spécifique à jouer par rapport à l'enfant, qui lui-même développe des attentes spécifiques à l'égard de chacun d'eux et se comporte différemment dans la relation à son père ou à sa mère .
- La construction d'un lien entre un parent et un enfant dépend de relations personnalisées et régulières, non nécessairement quotidiennes, avec l'enfant; chaque parent est responsable de remplir sa fonction affective et symbolique en s'intéressant à son enfant et ne doit laisser jouer son rôle par autrui. Ainsi, le seul fait d'être le père ou la mère biologique d'un enfant n'autorise pas à faire irruption dans sa vie si le lien ne s'est

5. « Le père maternant ne se définit donc pas par le fait qu'il "s'occupe" de l'enfant mais par la manière dont il s'en occupe. Il apparaît souvent comme une mère surprotectrice, s'inquiétant des risques encourus par l'enfant, qu'il surestime, et surtout tentant d'éloigner toute personne qui pourrait entrer en contact, autre que superficiel, avec l'enfant. Dans le cas où le couple se sépare, cette préoccupation devient patente, le père ne supportant pas que la mère approche l'enfant, comme si elle présentait à ses yeux un danger, qu'il ne peut d'ailleurs réellement circonscrire » (Poussin, 1993, p. 127-8).

1. Poussin, 1993, p. 127.

2. Voir par exemple les travaux de Lamb ou ceux de Thompson, cités par Whobrey Rohman, Sales, & Lou, 1987, p. 71-72.

pas construit précocement. Reconnaître à l'enfant un statut de personne et non d'objet implique que préalablement à une telle rencontre, on s'assure de ce qui est tolérable pour l'enfant et que l'organisation d'une rencontre de l'enfant avec son père ou sa mère se fasse uniquement dans des conditions satisfaisantes pour lui. Néanmoins, dans l'intérêt de l'enfant, il faut se rappeler que « tout n'est pas que psychologique » et ne pas occulter complètement la place — au moins sur un plan symbolique — des parents biologiques.

Le travail d'élaboration de la question des origines que doit entreprendre tout enfant dans la construction de son identité peut être gravement entravé par ce tour de passe-passe mystificateur qui tend à mettre hors jeu les parents de naissance, vis-à-vis desquels l'enfant doit pouvoir être en mesure de reconnaître cette dette symbolique si particulière qu'est la dette de vie¹.

- Il convient toujours de s'interroger sur la nature du lien parent-enfant, de reconnaître les signes d'une défaillance parentale, et si nécessaire de tirer les conclusions qui s'imposent. « La question n'est pas de savoir si le lien existe ou non : il existe toujours; la question est d'en évaluer la qualité » . Il faut cependant selon Poussin (1993) se garder de « l'idéologie du lien » qui se donne à voir chaque fois qu'un intervenant peut penser le lien mais non la séparation et remplacer l'idée commune selon laquelle « rien ne remplace une mère » par « rien ne remplace quelqu'un qui remplit correctement la fonction parentale » .
- La capacité de l'enfant à supporter des ruptures de continuité détermine la notion qu'il a du temps et sa capacité à supporter des délais dans les décisions le concernant. La notion que l'enfant a du temps doit donc constituer un facteur déterminant pour apprécier toute décision concernant une séparation pour l'enfant. Cela devrait

inciter les responsables à agir aussi rapidement que possible pour lui donner le maximum de chances de retrouver très vite la relation stable qu'il avait nouée ou pour lui faciliter l'établissement d'une nouvelle relation. [...] Procédure et décision ne devraient jamais excéder le temps pendant lequel l'enfant est capable de supporter perte et incertitude .

Dans les cas de divorce, « le principe touchant à la notion du temps chez l'enfant exige que les discussions soient résolues par une procédure spéciale et accélérée, sans attendre le jugement final sur le bien fondé du divorce ou d'une séparation » .

1. Clément, 1993, p. 192-3.
2. Poussin, 1993, p. 131.
3. Berger, 1992, cité par Poussin, 1993, p. 131.
4. Goldstein, Freud, & Solnit, 1980, p. 48.
5. Ibid., p. 51.

2.1.2 Capacité à s'auto-protéger et autonomisation de l'enfant

L'une des fonctions des parents, et des autres adultes qui jouent un rôle éducatif dans la vie de l'enfant, est de transmettre à l'enfant qu'il a un droit à l'autonomisation, qui va de pair avec sa capacité à l'auto-protection. Dans cette perspective, il ne suffit pas que les parents protègent l'enfant et s'adaptent à ses besoins; ils doivent également l'encourager à grandir en lui apprenant à se protéger lui-même dans la mesure de ses moyens. Tant un excès qu'un manque de protection de la part des parents peuvent être nocifs à ce processus d'apprentissage. En particulier, la surprotection maternelle qui constitue « une sorte de perversion de la fonction maternelle » entrave le processus d'autonomisation de l'enfant.

Au moment de l'adolescence, la tâche des parents est particulièrement complexe pour favoriser l'autonomisation des adolescents : « il faut accepter d'être déboulonné par ses propres enfants, de se résorber, presque de "se mettre en veilleuse" tout en restant en même temps complètement présent dès que les jeunes ont besoin » .

En fait quel que soit l'âge de l'enfant, il s'agit pour le parent de le reconnaître comme sujet doué de compétences physiques, psychiques, affectives, cognitives et sociales et de les respecter en adaptant les échanges en conséquence. Permettre à l'enfant d'accéder à une parole autonome constitue cependant une tâche extrêmement difficile pour le parent, car « elle nécessite de sa part un renoncement à ses anciennes prérogatives et à sa toute-puissance sur l'enfant »³. De manière un peu simpliste, ce processus complexe peut se résumer en disant que les parents doivent suffisamment aimer leur enfant pour le laisser se libérer progressivement de leur influence.

Les parents ne sont pas les seules personnes de l'entourage de l'enfant contribuant à son autonomie; l'école notamment renforce l'indépendance de l'enfant et sa prise de distance avec la famille. Cependant, dans certaines situations, notamment en cas de divorce, l'influence d'un ou des parent(s) peut rester longtemps prépondérante; par une identification totale à sa/leur conception, l'enfant perd son autonomie et agit sous son/leur emprise : le « parental syndrom alienation » traduit cette forme particulière d'aliénation de la pensée. Dans ces cas, il faut selon Poussin (1993) se garder de croire que l'enfant va revenir à la réalité simplement en écoutant la parole d'autrui, ou du parent non gardien. Une aide thérapeutique est nécessaire à l'enfant pour se libérer du discours dominant.

1. Poussin, 1993, p. 146.

2. Dolto, Dolto-Tolitch & Percheminier, 1989, p. 65.

3. Poussin, 1993, p. 151.

2.1.2.1 *Implications pratiques au moment du divorce*

- Lorsqu'un parent élève seul(e) son enfant, il doit particulièrement faire attention à permettre à son enfant de se libérer suffisamment tôt de l'étayage qu'il lui offre. Sinon l'enfant risque de rester « dans une sorte de relation en miroir au parent, dans le registre d'une identification imaginaire où il restera pris, sans possibilité d'une véritable différenciation » .
- Au moment de l'attribution de la garde d'un enfant dans une situation de divorce, le parent qui l'obtient devrait être prévenu de l'influence néfaste d'un discours visant à dénigrer l'ex-conjoint sur le développement de l'enfant.

Par exemple, entre quatre et six ans, stade qui se caractérise sur le plan du développement cognitif par un raisonnement égocentrique et sur le plan du développement moral par le réalisme moral (Piaget), lorsqu'un parent veut exercer son pouvoir, il suffit généralement qu'il désigne l'autre parent comme le coupable de la rupture, pour que l'enfant — qui se sent déjà abandonné — en tire la même conclusion.

Le discours du parent risque à chaque stade de développement d'exacerber des sentiments de l'enfant envers l'autre parent, sentiments qui ne demandent qu'à s'exprimer en fonction d'enjeux propres aux différents stades développementaux.

- Quelque que soit la situation dans laquelle cela survient, l'enfant « sous influence » devrait être séparé de manière suffisamment longue, voire définitive, du parent qui exerce un pouvoir abusif et bénéficier d'une aide thérapeutique.

2.1.3 **Le développement des capacités intellectuelles**

La qualité des relations parents-enfants tant au niveau des processus d'attachement de la première enfance que dans le soutien apporté par les parents pendant la scolarité semble être un des nombreux facteurs soutenant le développement des capacités intellectuelles et de la réussite scolaire de l'enfant.

2.1.4 **L'estime de soi de l'enfant**

Essentielle à la survie, l'estime de soi ou valeur que l'on s'attribue semble plus fondée sur l'image que chacun se fait de lui-même à travers les images qu'on lui renvoie et qu'il interprète que sur la réalité de ce qu'il est. Tout ou partie des normes auxquelles il compare ses qualités sont héritées des parents.

1. Poussin, 1993, p. 150.

Ce sont donc les images parentales qui sont en jeu, ces images que l'enfant construit en transformant ce qu'il projette de la réalité parentale sur son écran intérieur, en prenant ici et là ce qui correspond à ses fantasmes, à l'interprétation de ce qu'il a perçu en fonction de ses moyens cognitifs et des états affectifs qui accompagnent sa perception .

La construction de l'estime de soi semble moins problématique pour une fille que pour un garçon et reposerait sur des fondements différents pour les deux sexes. L'image du père jouerait un rôle beaucoup plus important chez le garçon que chez la fille, qui ne serait que secondairement influencée par l'amour et l'affection du père. Chez les deux, quoique de manière différente, « la qualité des images parentales dans la constitution du narcissisme peut être améliorée par l'amour du parent concerné, ou au contraire amoindrie par la médiocrité de l'investissement parental » .

L'image maternelle ne jouerait pas exactement le même rôle pour la fille que l'image paternelle pour le garçon; et bien que loin d'être négligeable, on ne sait pas exactement son rôle pour le garçon. « Pour se sentir "bon", un enfant a besoin de lire sur le visage d'un parent le plaisir du regard, la tendresse, l'émerveillement et la fierté » .

En résumé, l'estime de soi du garçon reposerait essentiellement sur la représentation qu'il peut se faire du père en tant que support identificatoire et sur la façon dont les deux parents, et en particulier le père, investissent leur enfant. Si le père ne peut être admiré et/ou s'il ne reconnaît pas la valeur de son fils, l'estime de soi de ce dernier se construirait avec peine. Souvent le garçon se défendrait par contre-identification. L'image de la mère ne pourrait se substituer à l'absence de référent paternel satisfaisant. Par contre, chez la fille, l'estime d'elle-même reposerait sur la représentation qu'elle se fait de la mère en tant que support identificatoire et plus encore sur les marques d'investissement de cette dernière. Par rapport au père, elle aurait moins besoin que le garçon de signes extérieurs à admirer, mais surtout de marques d'affection à son égard.

En cas de défaillances dans les images parentales, l'enfant peut trouver dans la rencontre avec des proches des images parentales substitutives qui exercent des effets compensateurs. En particulier, l'enfant semble prendre une revanche sur un parent mal-aimant quand il rencontre des personnes ayant à la fois des qualités spécifiques de ce parent et des traits opposés.

2.1.4.1 Implications pratiques au moment du divorce

- Les rôles du père et de la mère ont une influence différente sur la construction de l'estime de soi des filles et des garçons. Par conséquent, l'ab-

1. Poussin, 1993, p. 160.
2. Ibid., p. 162-3.
3. Ibid., p. 163.

sence de référent satisfaisant de l'un ou l'autre des parents entravera de manière différente le développement de l'estime de soi chez une fille ou chez un garçon. Une mauvaise estime de soi pouvant conduire à des comportements destructeurs, il apparaît fondamental dans toute évaluation de garde de prêter attention tant aux images parentales et aux images substitutives élaborées par l'enfant qu'à l'investissement affectif de chaque parent envers chaque enfant.

2.1.5 La construction de l'identité à travers la filiation

L'enfant fait l'apprentissage de son métier d'être humain au sein de la famille.

Comme tout apprentissage, il repose à la fois sur une transmission des expériences et des savoirs acquis par les générations précédentes, et à la fois aussi, sur une initiation, c'est-à-dire sur une légitimation et une autorisation de s'approprier cette transmission et les transformations qui en découlent .

L'inscription de l'enfant dans la filiation des générations précédentes ne peut se faire que si les parents respectent sa double filiation et son appartenance aux deux lignées : paternelle et maternelle, essence de l'espèce humaine . Indispensable à la construction de l'identité de l'enfant, cette référence aux deux familles d'origine des parents lui permet non seulement de se situer correctement dans son univers familial, mais également dans l'univers social.

2.1.5.1 Implications pratiques au moment du divorce

- En cas de séparation des parents, il apparaît fondamental que l'enfant conserve des relations avec ses deux parents, mais également avec les familles élargies du côté paternel et maternel. Dans l'intérêt de l'enfant, qu'il soit gardien ou non-gardien de l'enfant, chaque parent devrait être renseigné sur l'importance de cette démarche pour le développement de l'identité de l'enfant et s'engager devant le juge à respecter l'ex-conjoint et sa famille d'origine.

1. Clément, 1993, p. 194.
2. Poussin, 1993.

2.2 La place de l'enfant dans la famille : références systémiques

La modélisation systémique considère la famille comme un système vivant, qui se caractérise

par le fait que le comportement de chacun de ses membres est relié (de façon dynamique et non statique) aux comportements des autres membres et à celui de la famille en tant qu'unité. La réalité des liens familiaux ne se limite pas à la consanguinité, au patronyme commun, à la cohabitation, au partage de la même condition sociale, économique ou culturelle. Elle est également tissée par l'ensemble des influences réciproques qui s'exercent à partir des besoins naturels, biologiques ou affectifs, des sentiments, des désirs, des fantasmes, des émotions, des attentes ouvertes ou secrètes, des allégeances et loyautés mutuelles, des convictions et des croyances partagées, du style de langage et de communication, etc. La réalité familiale émerge de tout ce qui constitue la trame interactionnelle commune, autrement dit l'identité collective spécifique de chaque famille — jamais vraiment semblable à celle d'une autre famille .

Partant du principe qu'« aucune pensée, aucun sentiment, aucun comportement individuel ne doit être considéré en lui-même et qu'il faut toujours tenir compte du contexte dans lequel il est observé », cette approche centre son attention sur :

- les rapports qui lient un individu au(x) système(s) au(x) quel(s) il appartient;
- les interactions entre cet individu et son contexte environnant (conjoint, parents, enfants, famille élargie, autres systèmes d'appartenance);
- les influences circulaires qui s'exercent entre les différents contextes.

Dans cette optique, l'enfant est considéré comme un

sujet actif, initiateur de ses gestes et paroles, en même temps qu'il exprime des émotions et des besoins normaux associés à sa croissance.

*En cherchant la satisfaction de ses besoins propres, l'enfant participe, initie, contribue activement aux scénarii familiaux, qu'ils soient conflictuels ou non. Il n'est pas exclusivement l'objet des agir parentaux mais, comme **agent**, il déclenche innocemment des réactions en chaîne qui caractérisent le processus interactionnel de sa famille .*

Le comportement de l'enfant influence donc de manière directe ou indirecte celui des autres membres de la famille, tout en étant continuellement influencé lui-même en retour par leurs manières d'agir, de penser, d'exprimer des émotions, etc. En se référant à la pensée multidimensionnelle et

-
1. Salem, 1987, p. 50-1.
 2. Ibid., p. 50.
 3. Lamontagne, 1992, p. 160.

au paradigme de la complexité , ainsi qu'à la deuxième cybernétique, certains systémiciens ont cependant mis en évidence que ce processus d'influences réciproques et continues ne pouvait être compris :

- sans tenir compte du fait que « chaque individu a ses propres cartes à jouer et des possibilités précises d'influencer les différents membres de sa famille »² et
- sans inscrire la circularité du processus familial dans l'histoire transgénérationnelle de la famille.

2.2.1 La métaphore du jeu

Afin de représenter le contexte dans lequel les relations familiales s'organisent et évoluent dans le temps , Selvini Palazzoli et ses collaborateurs ont développé un modèle basé sur la métaphore du jeu . Ce modèle du jeu familial considère qu'

il y a un lien entre le processus en spirale des manœuvres et contre-manœuvres, processus déterminé par les stratégies des acteurs plus ou moins labiles (niveau individuel), entravés par les manœuvres des partenaires (niveau micro-systémique) et par les règles socio-culturelles (niveau macro-systémique) et influencés par les événements imprévisibles .

Selon ce point de vue, s'il est vrai qu'un individu joue un certain rôle parce qu'il a des émotions, des motivations et des buts, il est tout aussi vrai qu'il a ces émotions, ces motivations et ces buts parce qu'il fait partie d'un jeu collectif qui l'influence et limite les mouvements à sa disposition .

Le pouvoir individuel de chaque membre d'une famille n'est pas unidirectionnel sur l'ensemble; de plus, il varie « entre les membres "d'un groupe avec une histoire". Ces différences peuvent être définies selon différents niveaux » :

- au niveau hiérarchique (position de l'individu dans l'organigramme de son (ses) groupe(s) d'appartenance);
- au niveau culturel (lois en vigueur dans un contexte donné);

1. Voir entre autres les écrits de Maturana, & Varela, de Morin.
2. Selvini Palazzoli, Cirillo, Selvini, & Sorrentino, 1990, p. 184.
3. Selon Selvini Palazzoli, Cirillo, Selvini, & Sorrentino, 1990, « tout groupe avec une histoire, et par conséquent toute famille, ne peut pas ne pas organiser sa propre interaction » (p. 188). Il faut donc se garder de croire que seules les familles considérées comme dysfonctionnelles ou pathologiques auraient des jeux.
4. Voir Crozier, M., & Friedberg, E. (1977). *L'acteur et le système*. Paris : Seuil. Selvini Palazzoli, M., Cirillo, S., Selvini, M., & Sorrentino, A.M. (1990). *Les jeux psychotiques dans la famille*. Paris : ESF
5. Selvini Palazzoli, Cirillo, Selvini, & Sorrentino, 1990, p. 182.
6. Cirillo, & Di Blasio, 1992, p. 28-29.
7. Selvini Palazzoli, Cirillo, Selvini, & Sorrentino, 1990, p. 183.

- au niveau subculturel (niveau d'adaptation particulière d'un groupe social aux règles culturelles);
- au niveau du jeu intra-familial (position occupée par l'individu dans ce jeu);
- au niveau individuel (caractéristiques spécifiques de l'individu, comme la beauté, l'intelligence, etc. qui influencent sa marge de manœuvre).

Dans cette perspective, les différences individuelles (de place, de rôle, de pouvoir, etc.) relèvent de l'enchevêtrement complexe de ces niveaux : elles peuvent « être culturellement induites, [...] produites par le jeu et par son histoire, [...] ou intrinsèques aux individus », ou encore être influencées par « le puissant facteur causal de l'aléatoire, de l'événement fortuit, de l'incident qui bouleverse le destin des individus et l'histoire des familles » .

La dimension historique ou diachronique de l'organisation d'un jeu familial a été décrite par Selvini Palazzoli et son équipe comme un processus en six stades allant de l'organisation du jeu du couple parental à la présence d'un symptôme (lié à des troubles mentaux graves) chez l'un des enfants. Ce n'est qu'en référence à la perspective diachronique de la vie familiale que l'on peut saisir « l'enchaînement » progressif de l'enfant dans le jeu de couple.

2.2.1.1 Implications pratiques au moment du divorce

- Cette modélisation de la complexité met en évidence qu'« il faut regarder le sujet suivant une optique multidimensionnelle. [...] Si l'être humain est un être hypercomplexe dans un univers complexe, les processus d'organisation interactifs [...] dans la famille se posent à des niveaux d'extrême complexité » . L'évaluation d'une situation familiale ou d'un problème présenté par un enfant devrait donc toujours tenter « de faire dialoguer la multiplicité, la multidimensionnalité, l'hétérogénéité » . Ainsi, il faudrait se garder d'interpréter le comportement d'un enfant post-divorce en l'attribuant uniquement à ses caractéristiques individuelles, ou uniquement aux types d'interactions dans le système familial, ou uniquement au contexte socioculturel (croyances, attitudes par rapport à ce qu'est la vie de famille, représentations du divorce, etc.).
- Ce modèle qui met l'accent sur la dimension diachronique du jeu familial permet de comprendre comment il arrive qu'un enfant participe progressivement au conflit conjugal et joue un rôle dans la succession des comportements interactifs au sein de sa famille.

1. Selvini Palazzoli, Cirillo, Selvini, & Sorrentino, 1990, p. 184.
2. Ibid., p. 223.
3. Ibid., p. 307-8 et 311.
4. Ibid., p. 311.

2.2.2 L'approche contextuelle

L'approche contextuelle développée par Boszormenyi-Nagy propose de situer tout comportement humain dans le contexte propre à chaque individu, c'est-à-dire dans « le fil organique entre ceux qui donnent et ceux qui reçoivent » et

dans l'ensemble des éléments qui constituent la trame des relations interpersonnelles dont chaque individu tire ses ressources. Il inclut le point de vue personnel de chaque individu impliqué dans une relation, les échanges interindividuels, le dialogue, les systèmes régissant les transactions ainsi que l'ensemble des balances éthiques qui se sont constituées entre chacun d'eux avec leurs conséquences possibles pour les relations intergénérationnelles et pour la postérité .

Selon ce point de vue,

l'héritage du passé n'est ni un fardeau encombrant dont il faut se débarrasser, ni une fatalité irrémédiable qui nous condamne à l'échec, mais une sorte de capital qu'il nous incombe de bien gérer, afin de maîtriser nos relations familiales présentes et de prendre conscience de l'héritage que nous transmettons à nos descendants .

Selon Nagy, à la naissance, l'enfant n'hérite pas seulement d'un patrimoine biologique, mais également d'un patrimoine familial et d'un patrimoine culturel. Il contracte alors un devoir éthique auprès de ses parents, une dette qui consiste à faire fructifier son patrimoine en le libérant des habitudes, des traditions et des délégations nuisibles à la postérité. L'enfant se trouve pris dans la « toile d'interdépendance et de confiance » qui tisse au fil des générations les liens entre parents et enfants dans la famille. La nature des relations interpersonnelles au sein de la famille nucléaire ou élargie ne peut être saisie sans faire référence à un concept-clé de cette approche : celui de loyauté.

2.2.2.1 La loyauté

Nagy donne un sens particulier au concept de loyauté, un sens plus large que celui qui lui est généralement attribué : il se réfère à la loyauté ontique qui est fondamentalement liée au fait existentiel que chaque être humain vient au monde grâce à ses parents. Elle prend donc source « dans les liens originels, existentiels et asymétriques entre le parent et l'enfant »

-
1. Boszormenyi-Nagy, 1986, cité par Heireman, 1989, p. 33.
 2. Van Heusden, & Van den Eerenbeemt, 1994, p. 113.
 3. Ibid., page de dos de couverture.
 4. Le concept de loyauté renvoie généralement à l'attitude positive de fidélité et de sincérité à l'égard de l'objet de sa loyauté.
 5. Van Heusden, & Van den Eerenbeemt, 1994, p. 27.

et se fonde dans la consanguinité ou la parenté. « Ayant reçu la vie, l'enfant éprouve un devoir éthique envers ses parents dont il veut s'acquitter » .

La loyauté s'exprime et reçoit sa forme dans un contexte relationnel éthique. Dans ce contexte, la confiance originare, la réciprocité du donner et du recevoir entre parent et enfant, les dettes et les obligations des uns vis-à-vis des autres et la responsabilité personnelle deviennent des acquis pour le développement de l'enfant .

La nature et la qualité de ces liens de loyauté entre parents et enfants dépendent de la « somme de confiances, de mérites et de justice accumulée au cours des âges » . Dans ce sens, la loyauté est non seulement une force fondamentale pour le développement de la personne mais encore « une force régulatrice des systèmes ». En tant que mécanisme régulateur qui assure la continuité du groupe, la loyauté repose sur deux principes : la réciprocité et la justice relationnelle.

Le groupe crée un réseau de loyautés, un ensemble d'attentes collectives structurées que chaque membre doit honorer. [...] Pour être un membre loyal, on doit incorporer ces attentes. [...] La loyauté concerne également le patrimoine des générations antérieures. Chaque individu reçoit un legs rédigé bien avant sa naissance. Il s'agit d'une tâche, d'un mandat, d'une attente. [...] La réciprocité de la loyauté réside précisément dans le fait qu'elle est incorporée par l'individu comme un devoir éthique. [...] l'individu est toujours loyal envers ses origines; s'il ne peut l'être ouvertement, il le sera de façon voilée .

Chaque individu tisse des liens verticaux — dans une relation asymétrique entre deux générations, comme entre parent et enfant — et des liens horizontaux — dans une relation où chaque partie se trouve en position d'égalité, comme dans la fratrie par exemple — de la loyauté. Au cours de la vie, ces loyautés verticales et horizontales sont confrontées entre elles; ce processus provoque non seulement ce qu'on appelle des conflits de loyauté, mais offre également la possibilité d'équilibrer les anciens et les nouveaux liens de loyauté à travers la balance d'équilibre entre le donner et le recevoir.

La loyauté est en effet une configuration relationnelle impliquant au moins trois protagonistes : celui qui doit faire un choix, celui qui est préféré et celui qui ne l'est pas. Loyauté et conflit de loyauté sont, dès lors, les deux faces inséparables d'une même réalité.

-
1. Heireman, 1989, p. 47.
 2. Van Heusden, & Van den Eerenbeemt, 1994, p. 29.
 3. Ibid., p. 27.
 4. Heireman, 1989, p. 49.

2.2.2.2 Conflits de loyauté et loyauté clivée

Les conflits de loyauté sont inhérents à la vie, notamment parce que la naissance de chaque être humain l'inscrit dans la filiation de deux familles qui lui transmettent des attentes différentes. Les conflits de loyauté « deviennent invivables lorsque la tension atteint un point tel qu'elle empêche la loyauté aux relations verticales de s'exprimer », notamment « quand les oppositions entre les attentes se voilent; la fiabilité des relations est compromise [...]. S'il est impossible d'être ouvertement loyal envers ses origines, ces liens chercheront une autre voie pour s'exprimer », comme la production de symptômes ou de comportements auto-destructeurs. « Les coalitions et les triangulations perverses qui peuvent s'instaurer ou le plus souvent s'amplifier au moment de la crise et de la rupture du couple contribuent à l'établissement de conflits de loyauté » .

Plus graves que les conflits de loyauté, la loyauté clivée est évoquée

quand les parents imposent à l'enfant des exigences conflictuelles, d'une telle façon qu'en étant loyal envers un de ses parents il est automatiquement déloyal vis-à-vis de l'autre. On exige de rejeter l'autre parent. Cela provoque une déchirure grave dans la loyauté existentielle entre les deux parents et l'enfant. À cause de cette déchirure, l'enfant s'efforcera de toutes sortes de manières à réconcilier ses parents, tâche ingrate, voire impossible. [...] Cette condition pernicieuse survient quand les parents se cantonnent dans une méfiance et un mépris réciproques. [...] La loyauté clivée porte atteinte à la confiance, ce qui forme la base d'une parentification destructive de l'enfant pouvant à son tour occasionner de graves troubles d'identité et même le suicide, (... ou) entraîner l'indifférence : l'enfant se détourne de ses deux parents .

La loyauté clivée ne se rapporte pas essentiellement à un conflit entre les parents eux-mêmes ou même à l'éventualité d'un divorce. Le fait qu'un enfant soit plus impliqué dans la relation avec l'un des parents n'est pas nécessairement générateur d'anxiété. Ce qui provoque un clivage de loyauté c'est l'implication inévitable de l'enfant dans la rupture de confiance entre les parents. [...] L'enfant se trouve au centre d'une loyauté clivée lorsque sa mère et ses parents se liguent contre le père et sa famille. Ils attendent, réclament même de l'enfant qu'il en fasse autant. Ainsi, l'enfant est poussé à être loyal envers l'un de ses parents aux dépens de l'autre. L'enfant n'abandonnera pas son attachement pour son père mais il se trouvera devant ce dilemme : « quel côté dois-je choisir ? ». C'est une question que l'enfant ne peut pas résoudre. La seule façon d'y échapper est d'adopter une position d'indifférence puisque l'un ou l'autre choix le conduirait à une perte précieuse .

-
1. Van Heusden, & Van den Eerenbeemt, 1994, p. 32.
 2. Heireman, 1989, p. 51.
 3. Goubier-Boula, 1994, p. 184.
 4. Heireman, 1989, p. 52.
 5. Van Heusden, & Van den Eerenbeemt, 1994, p. 42-43.

2.2.2.3 Implications pratiques au moment du divorce

L'approche contextuelle met en évidence que le conflit de loyauté est inévitable pour chaque membre d'une famille qui expérimente une situation de divorce. « Chaque choix important dans la vie entraîne une modification dans le système des loyautés » . En se basant sur cette approche, il apparaît impératif en cas de divorce :

- d'éviter absolument pour la survie psychologique et affective de l'enfant de le mettre dans une position impossible en lui demandant de choisir entre ses deux parents. Cela n'implique pas pour autant que l'avis de l'enfant ne soit pas recueilli, mais que l'enfant ne soit pas mis

dans la position de celui qui doit prendre la décision. De plus, la question posée à l'enfant devrait être formulée de telle façon qu'il ne soit pas amené à être déloyal à l'un ou l'autre de ses parents. [...] la loyauté pour ses deux parents est d'un intérêt central et vital et doit être respectée [...]. Il est vital que l'enfant sache qu'aucun de ses parents ne pourra être remplacé .

- de délimiter et séparer les niveaux conjugal et parental, afin de maintenir l'équilibre et la répartition des loyautés des enfants à l'égard des deux parents, et de permettre à l'enfant de « garder une continuité des liens avec sa famille d'origine et étendue » .

1. Van Heusden, & Van den Eerenbeemt, 1994, p. 33.
2. Ibid., p. 41-42.
3. Goubier-Boula, 1994, p. 186.

2.3 Le processus de divorce : une série de transitions pour le système familial

Le divorce est un processus multidimensionnel étendu dans le temps, impliquant une série de transitions auxquelles doivent s'ajuster le système familial dans son ensemble, ses divers sous-systèmes (entre autres les sous-systèmes conjugal, parental, et des enfants) ainsi que chaque membre, individuellement et dans ses relations aux autres membres de la famille.

Le divorce introduit une crise dans le cycle vital de la famille, ainsi qu'un état de déséquilibre interne au système familial ayant des répercussions sur tous les membres de la famille, sur la majorité des relations qu'ils entretiennent entre eux, ainsi que sur la majorité des échanges entre le système et l'environnement social. Cette rupture est associée avec de nombreux changements et pertes. Le processus de divorce débute bien avant la décision de divorcer et se termine lorsque le système familial s'est rétabilié et a redéfini les frontières, les rôles et les places de chacun au sein d'une nouvelle structure. En particulier, le processus de divorce implique une dissolution du sous-système conjugal, une redéfinition du sous-système parental et des relations entre chaque parent et les enfants. Ainsi, après la dissolution de l'union conjugale sur le plan légal, qu'il y ait ou non remariage de l'un ou des deux ex-conjoints, la famille doit encore fournir beaucoup d'efforts pour s'adapter aux différents changements qui en découlent, se réajuster à sa nouvelle forme et continuer à se développer.

Dans la famille, chaque membre doit s'ajuster à des changements d'ordre émotionnel, induits par le processus de séparation, et à des changements d'ordre pratique, liés à la nouvelle organisation de la vie familiale. L'ajustement individuel dépend de divers facteurs, comme les circonstances de la séparation, la nature et la qualité de la vie post-divorce, l'âge, le sexe, la durée du mariage, le cycle vital que la famille traverse au moment de la séparation, la stabilité psychologique initiale, l'éducation, le niveau socio-économique, le contexte socioculturel, divers stress, le soutien de l'entourage, etc. Les facteurs plus spécifiques de l'ajustement des enfants au processus de divorce, en particulier les facteurs d'âge et de développement qui influent sur la manière dont les enfants vivent et interprètent ce qu'ils vivent, font l'objet d'une étude plus complète dans la suite de cet ouvrage.

Tant pour les enfants que pour les adultes, le processus d'ajustement émotionnel à ces changements et d'adaptation à la situation de divorce

1. Les expressions « cycle vital » et « cycle évolutif » de la famille sont utilisées ici comme synonyme l'une de l'autre. Elles traduisent toutes les deux le terme anglais de « life cycle ». Voir ci-après définition de ces notions au chapitre 2.3.2.1.

prend de deux à trois ans et implique plusieurs phases importantes, qui comportent chacune plusieurs tâches spécifiques à résoudre.

Il faut encore relever que le divorce n'a pas le même impact sur toutes les personnes, et que par conséquent, la manière dont chacun négocie la transition du divorce dépend de l'interaction de facteurs situationnels avec les styles de coping individuels et les ressources de chacun .

2.3.1 Les différentes phases auxquelles doit s'ajuster le système familial

Plusieurs auteurs ont développé des modèles décrivant de manière relativement similaire les phases du processus de divorce. Ces modèles distinguent cinq ou six phases dans le processus de divorce, alors que d'autres les regroupent en trois grandes étapes .

Dans leurs modèles, tous les auteurs mettent l'accent sur l'interdépendance des membres du système au cours de ce processus. Cependant, certains modèles comme celui d'Ahrns, ou comme celui de Carter et McGoldrick se situent plus dans une perspective conjugale et parentale que dans une perspective familiale. Or, l'étude de Wallerstein et Kelly (1989) a mis avec force en évidence la nécessité d'une considération *authentique* de tous les membres de la famille — parents et enfants — si l'on veut « penser et aménager des façons d'alléger l'impact du divorce sur toutes les parties affectées, enfants pris individuellement et parents pris individuellement » . Dans une perspective familiale, Robinson (1991) décrit parfaitement bien la complexité et l'interaction des différents niveaux auxquels les ajustements doivent avoir lieu pour permettre au système de continuer à se développer à travers et suite au processus de divorce :

Chaque phase du processus de divorce implique dans le temps des changements à différents niveaux d'interactions du système familial, avec chacun des partenaires en tant qu'individu, à la fois chacun par rapport à lui-même, entre eux et entre chacun d'eux et les autres; et aussi entre eux en tant que sous-système conjugal, en travaillant à certains processus émotionnels à la fois individuellement et ensemble pour permettre que s'effectuent les changements nécessaires de mari à père et d'épouse à mère, afin de leur permettre de quitter leur partenariat conjugal pour instaurer une relation de co-parentage à l'égard de leurs enfants. À un autre niveau, celui du sous-système des enfants, les en-

1. voir Ahrns, 1980; Hetherington, 1982, cités par Stern Peck, & Manocherian, 1989; Carter, & McGoldrick, 1989; Wallerstein, & Kelley, 1989.
2. Felner, & Terre, 1987.
3. Ahrns, 1980, cité et commenté par Stern Peck, & Manocherian, 1989; Carter, & McGoldrick, 1989; Kaslow, & Schwartz, 1987, cités par Robinson, 1991; Robinson, 1991.
4. Weiss, Bohannon, Minuchin, cités par Goubier-Boula, 1994.
5. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 28.

fants, avec l'aide de leurs parents, vont devoir travailler à la signification de l'impact et des effets de la séparation parentale sur eux-mêmes et leurs frères et sœurs, ainsi que sur leurs relations avec chacun des parents séparément. Les changements subséquents dans chaque sous-système vont résulter en des changements de second ordre pas seulement dans la famille nucléaire, mais dans toute la famille étendue, jusqu'à un point de non retour souvent identifiable de manière rétrospective. Ces changements de second ordre vont varier selon les stades développementaux que la famille nucléaire originale avait atteints, et leur résolution permet graduellement aux transformations familiales de prendre place pour que la famille puisse poursuivre son cycle vital .

La description du détail des différentes phases de ce processus se base essentiellement sur le modèle d'Ahrons et sur celui de Robinson (1991).

Les cinq phases retenues par Ahrons sont : la cognition individuelle, la métacognition familiale, la séparation du système, la réorganisation du système, et la redéfinition du système. Dans ce modèle, l'accent est surtout porté sur la séparation, les bouleversements qui en découlent, et la nécessité d'une réorganisation.

Les six phases retenues par Robinson diffèrent quelque peu de celles de Ahrons; de plus, elle inclut le processus légal, comme faisant partie intégrante du processus de divorce dans la famille. Cette position est reprise par Siméon : « divorcer, voire seulement se séparer, inscrit les protagonistes de l'échange dans le champ psycho-juridique d'emblée ». En tant que transition familiale, le divorce « s'inscrit tant dans le réseau complexe des

-
1. Dans leur livre « Changements : Paradoxes et psychothérapie », Watzlawick, Weakland, et Fisch (1975) établissent une distinction entre ce qu'ils appellent des changements de premier ordre ou de niveau I et des changements de second ordre ou de niveau II. Les changements de premier ordre se caractérisent par une modification quantitative des paramètres du système, sans modification de l'organisation du système. Par contre, les changements de second ordre impliquent une modification qualitative qui transforme l'état du système de manière discontinue. On dit que le changement de second ordre correspond au changement de changement. La description faite par Benoît, Malarewicz, Beaujean, Colas, & Kannas (1988) de ce type de changement permet de comprendre pourquoi des changements de niveau II doivent prendre place au cours du processus de divorce : « La théorie des types logiques (A. Whitehead, et B. Russel) fournit un modèle adéquat pour ce type de changement. Le changement II est fondé sur des rétroactions positives, qui amplifient les fluctuations du système et initient le développement de nouvelles structures. Un changement II est nécessaire si le contexte se modifie. Le système doit alors soit se retirer de l'environnement, soit changer ses structures internes. Les modifications importantes de l'un des éléments du système nécessitent de même un changement II pour que la cohérence du système soit maintenue. » (p. 53).
 2. Robinson, 1991, p. 67 et p. 69.
 3. Ahrons, 1980, cité et commenté par Stern Peck, & Manocherian, 1989.
 4. Siméon, 1995, p. 217.

liens familiaux que dans celui des professionnels impliqués, à savoir les magistrats, juristes, sociologues, travailleurs sociaux et psychothérapeutes » et les experts. Dans son modèle, Robinson décrit le processus émotionnel de transition auquel le couple doit faire face à chaque phase du divorce, ainsi que les changements de second ordre (ou de niveau II) qui doivent être introduits dans le système familial pour assurer son développement au cours du processus de divorce.

Il faut préciser que les différents membres de la famille n'expérimentent pas tous à la même phase leur plus haut degré de stress. En particulier, dans le couple, celui qui initie la séparation va généralement ressentir un stress plus élevé avant la séparation, alors que le partenaire non initiateur vit régulièrement un stress plus fort après la séparation. D'autre part, l'initiateur de l'idée de séparation n'est pas forcément celui qui va initier le processus légal de divorce. Quant au vécu et à l'ajustement des enfants, faisant l'objet d'un prochain chapitre, ils ne sont qu'indirectement présentés dans les différentes phases de ce processus.

2.3.1.1 *Première phase*

La reconnaissance de l'échec conjugal ou phase de cognition individuelle

Cette première phase couvre la période où l'un des conjoints, voire les deux, commence à se désengager émotionnellement du couple et à penser au divorce. Des activités et des investissements séparés instaurent une distance entre les conjoints. Cette période, qui peut durer plusieurs années, se caractérise par un stress élevé, de nombreuses bagarres entre les partenaires, de l'amertume, des blâmes et des dévalorisations à l'égard de l'autre conjoint, de la dépression, de l'anxiété, et toujours de l'ambivalence. Souvent une aventure extra-conjugale précipite la décision. Les enfants peuvent ou non être impliqués dans les conflits conjugaux bien avant la prise de décision.

Ajustement individuel des conjoints

Un des principaux facteurs initial d'ajustement réside dans la participation ou la non participation de l'autre conjoint à la décision elle-même. C'est souvent la période la plus difficile pour celui qui a initié la décision de divorcer; il est pris par les remords et la culpabilité.

Processus émotionnel de transition pour le couple

Selon Robinson (1991), le processus émotionnel de transition pour le couple est lié à la décision des conjoints de se réengager l'un envers l'autre ou pas. Dans la négative, le processus de séparation peut se développer.

1. Siméon, 1995, p. 216.

Changement(s) de second ordre à introduire

Le processus de divorce progresse si chaque partenaire accepte sa part de responsabilité dans la rupture conjugale.

2.3.1.2 *Deuxième phase*

*La décision de se séparer ou de divorcer
ou phase de métacognition familiale*

Les raisons qui sous-tendent la décision de se séparer ou de divorcer sont cristallisées et conceptualisées de différentes manières et à différents niveaux; elles n'ont parfois aucun rapport avec une incompatibilité conjugale. Dans la majorité des cas étudiés¹, dans les familles avec enfants, le divorce n'est pas une décision mutuelle ; dans cette phase, l'un des partenaires apparaît souvent plus décidé que l'autre à s'en aller. Bien qu'ils ne soient pas forcément ouverts, les conflits à ce propos peuvent être nombreux dans le couple. L'initiateur/trice peut utiliser maintes stratégies — escalade d'actions, sabotage, provocations diverses, alcoolisme, violence, etc. — pour transférer la responsabilité de la rupture sur l'autre conjoint qui, exaspéré, entame une procédure légale de divorce.

Ajustement individuel des conjoints

Le fait de s'être ou non attendu à une séparation est déterminant pour l'ajustement du conjoint non initiateur de cette décision. Les conjoints non préparés à cette alternative perdent souvent l'estime d'eux-mêmes, se sentent impuissants et humiliés.

Processus émotionnel de transition pour le couple

À cette phase, le processus émotionnel de transition que le couple doit affronter consiste à reconnaître l'incapacité du couple à résoudre suffisamment les tensions conjugales pour poursuivre la vie commune.

Fonction parentale

Alors qu'Ahrns situe durant cette deuxième phase la révélation de la future séparation à la famille, Robinson souligne que souvent le couple, tellement pris par ses problèmes conjugaux, délaisse sa fonction parentale, ne pense pas ou peu aux besoins propres des enfants. Ce n'est qu'après la séparation que le couple comprend que les enfants ont besoin d'être informés sur ce qu'il se passe et des changements radicaux dans leur vie future.

Changement(s) de second ordre à introduire

Pour Robinson, les changements de second ordre à introduire à cette phase pour que le système continue à se développer concernent l'acceptation mutuelle par les conjoints de l'échec conjugal, et de la nécessité de se séparer (ou de divorcer). Les besoins des enfants doivent aussi être

1. Ahrns, 1981, cité par Stern Peck, & Manocherian, 1989; Wallerstein & Kelly, 1989.

pris en considération. En général, lorsque la famille peut faire face à cette étape, les conjoints ne se séparent qu'après avoir bien pesé et étudié leur décision.

2.3.1.3 *Troisième phase*

La préparation et la planification du futur

Cette phase de planification confronte les conjoints à leur future vie de couple séparé; le futur parent non gardien se rend compte qu'il n'aura pas une relation au quotidien avec ses enfants, alors que le (futur) parent gardien doit s'accommoder à l'idée d'assumer la majorité des responsabilités parentales. La question de la gestion des ressources et de l'argent apparaît cruciale à ce moment-là.

Ajustement individuel des conjoints

Certains couples font mieux que d'autres face à cette phase de planification, alors que d'autres introduisent différentes stratégies pour retarder la séparation à laquelle ils ne peuvent encore faire face. Des confrontations diverses peuvent avoir lieu, et précipiter le départ de l'un des conjoints ou dégénérer en violence.

Processus émotionnel de transition pour le couple

Selon Robinson, à cette phase, le processus émotionnel de transition que le couple doit traverser concerne la planification du futur, notamment par rapport au partage des responsabilités parentales et aux arrangements financiers. Leur capacité à communiquer sur ces points dépend des stades de développement relationnel atteints aux deux stades précédents, ainsi que du degré de conflit actuel entre eux.

Changement(s) de second ordre à introduire

Selon Robinson, un des changements de second ordre à introduire à cette phase pour permettre au processus de se développer consiste en la coopération des conjoints sur la manière de parler aux enfants. Pour cela, les deux parents doivent être capables de reconnaître ce qu'il se passe entre eux et d'informer les enfants à ce propos. Dans les premiers stades du divorce, les enfants sont plus ou moins conscients des difficultés entre leurs parents, en particulier lorsqu'ils ont été exposés aux disputes, aux absences de l'un des conjoints, aux pleurs, etc. Paradoxalement, quand le couple a maintenu une bonne frontière intergénérationnelle en n'exposant pas les enfants aux conflits conjugaux, la séparation apparaît comme un coup de tonnerre dans un ciel bleu et augmente la détresse que la plupart des enfants ressentent lorsque les parents divorcent. De leur point de vue, tout semblait bien aller jusque-là et ils ne peuvent comprendre pourquoi cela ne peut pas continuer. Ainsi, le divorce qui apparaît comme une solution pour les conjoints, n'en est souvent pas une du point de vue des enfants, au moins dans un premier

temps. L'étude de Wallerstein et Kelly (1989) a montré que, contrairement à la croyance populaire selon laquelle un mariage pénible pour les parents l'est aussi pour les enfants, le plus souvent il n'y a pas communauté présumée d'intérêts entre adultes et enfants dans la famille. À cette phase, les enfants semblent majoritairement préférer un mariage malheureux au divorce.

Ajustements du système familial élargi et du système social

Toute la famille nucléaire est également confrontée avec les changements inévitables que va occasionner la séparation de la famille en deux sous-systèmes avec la possibilité de développer une famille binucléaire (Ahrons), incluant ou non de nouveaux membres. D'autre part, il faut encore faire face aux réactions de la famille élargie, des amis et de l'entourage professionnel et social. Le soutien des grands-parents face à la détresse de leurs petits-enfants apparaît primordial dans cette phase, tout comme celui du réseau de relations.

Relation parents-enfant

Dans l'étude de Wallerstein et Kelly (1989), la fonction parentale pouvait durant les deux phases de pré-séparation « rester relativement déagée de l'insatisfaction conjugale ou, en termes plus techniques, le "parentage" peut être maintenu en tant que sphère comportementale relativement aconflictuelle dans un mariage "carencé" et malheureux — il *peut* l'être, mais ne l'est pas toujours » .

2.3.1.4 *Quatrième phase* *La séparation du système*

La séparation en elle-même est un moment très pénible pour tous les membres du système; la gestion de la séparation dépend de la manière dont les autres phases se sont déroulées. Plus il y a eu de réactions, plus la crise risque d'être grande pour le système. Même si les divers arrangements ont été bien planifiés, la séparation physique est abrupte.

Ajustement individuel des conjoints

À cette phase de séparation, l'ambivalence est souvent encore présente, de même que l'attachement qui persiste malgré la colère et les ressentiments; plus un conjoint est encore attaché à l'autre, plus il se sent en détresse. Peu à peu, l'attachement et les ressentiments diminuent; la colère subsiste plus longtemps et côtoie alors d'autres sentiments comme l'abandon, l'incompétence sociale et sexuelle, la perte de contrôle sur les événements, la frustration, ainsi que des problèmes d'identité. La non satisfaction avec le nouveau style de vie fait regretter de n'avoir pas fait plus d'efforts pour améliorer la vie de couple. Celui qui a initié la séparation peut la regretter et souhaiter la

1. Wallerstein & Kelly, 1989, p. 33.

réconciliation; l'autre conjoint qui a parfois entamé une thérapie ou commencé à se reconstruire ne la souhaite pas, de peur d'être à nouveau vulnérable.

Chaque conjoint se trouve dans un état de haute vulnérabilité émotionnelle, susceptible d'interférer avec son fonctionnement habituel. Différents symptômes peuvent en témoigner : ne pas pouvoir se concentrer sur son travail, variations de poids et/ou de rythmes de sommeil, mauvaise santé, dysfonctionnements d'ordre sexuel, addictions à diverses substances, par exemple alcool et tabac.

Dès cette phase, chaque époux est exposé à divers bouleversements émotionnels sur une période d'une année environ. Il y a parfois plusieurs séparations et réconciliations jusqu'à ce que le couple puisse définitivement se séparer et établir des frontières claires entre eux. Il apparaît que les hommes et les femmes s'ajustent différemment à la séparation et mettent en œuvre différents styles de coping (ou moyens de faire face). Le soutien de l'entourage tant familial que professionnel joue un rôle fondamental durant cette période.

Le processus émotionnel de transition pour le couple

Le processus émotionnel de transition auquel doit faire face le couple à cette période réside dans le désinvestissement de son conjoint en tant que partenaire conjugal tout en continuant de partager avec lui les responsabilités parentales. Il s'agit également pour chacun de faire le deuil d'une famille intacte, tout en soutenant la relation des enfants à l'autre parent. La qualité de la co-parentalité qui varie largement entre les couples de divorcés apparaît être l'un des facteurs cruciaux pour le développement futur des enfants.

Ajustement des enfants

Durant cette phase, parents et enfants tentent chacun à leur manière de donner un sens à ce qu'ils vivent. La capacité des enfants à assimiler cette rupture dépend de nombreux facteurs, entre autres, selon Wallerstejn et Kelly (1989), de la nature et des circonstances de la décision. En résumé, un divorce qui apparaît raisonné, du point de vue de l'enfant, est plus facile à accepter qu'un divorce qui apparaît impulsif et sans fondement important. Il convient d'expliquer aux enfants — dans les mots qu'ils peuvent comprendre — ce qu'il se passe et ce qu'il va advenir d'eux; en dépendent non seulement leur capacité à intégrer l'expérience du divorce, mais aussi leurs attitudes et les jugements qu'ils peuvent émettre à l'égard de leurs parents, ainsi que l'image qu'ils se construisent de l'univers des adultes.

Changement(s) de second ordre à introduire

Les changements de second ordre à introduire à cette phase résident précisément dans la restructuration des relations parents-enfants.

Durant cette période, chaque parent peut aider ses enfants non seulement en continuant à les soutenir émotionnellement, mais encore en maintenant le lien parent-enfant et l'attachement des enfants aux deux parents. Les premières semaines qui suivent la séparation sont importantes sur ces points.

2.3.1.5 *Cinquième phase* *Le processus légal*

Processus émotionnel de transition pour le couple :

Le processus émotionnel de transition que doit traverser le couple à cette phase est de renoncer aux fantasmes de réunification familiale, de résoudre les problèmes de blessures, de colère et d'amertume à travers un processus de deuil et de renoncer à son propre investissement dans le mariage.

Contrairement à Robinson, Ahrons ne situe pas le processus légal comme une phase de son modèle. Pourtant, il constitue effectivement une phase importante du processus de divorce et rend publique la séparation du couple, restée parfois jusque-là dans le champ privé de la famille. Dans ce sens, l'engagement des partenaires du couple dans le processus légal leur fait perdre contrôle sur un processus qui va non seulement affecter la vie de chacun d'eux et de leurs futurs partenaires, mais également celles de leurs enfants, et de toute la famille nucléaire et étendue. C'est en effet au juge que revient en dernière instance la décision concernant l'attribution de la garde et de l'autorité parentale, les modalités du droit de visite, et les pensions alimentaires. Le juge détermine l'intérêt de l'enfant en référence aux lois et à la jurisprudence en vigueur dans le pays, à sa formation, à son expérience, à son idéologie et à sa sensibilité.

La question de l'écoute et de la participation de l'enfant, telles que définies par l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, se pose précisément à cette phase.

2.3.1.6 *Sixième phase* *La famille post-divorce : Réorganisation et redéfinition du système¹*

La famille post-divorce se caractérise par la présence de deux sous-systèmes. Cela implique que le système doit changer son organisation et trouver une nouvelle définition.

La tâche de cette phase réside dans la clarification de nouvelles frontières au sein du système. L'après-séparation se révèle être une phase de tran-

1. Suivant l'objectif de cet ouvrage, le choix a été fait de ne pas entrer dans les détails de redéfinition du système, lors du remariage d'un ou des deux ex-conjoints.

sition difficile à négocier pour tous les membres de la famille. L'impact de cette période est grande pour les enfants : ils expérimentent au quotidien la perte d'un parent, le fonctionnement de la famille a été soumis à de nombreuses variations, le stress exercé sur chaque partenaire affecte souvent sa capacité à être parent. Plus le parent non gardien est exclu de la vie du système familial, plus le risque de dysfonctionnement familial augmente.

Ajustement individuel des ex-conjoints

Dans cette période, l'établissement d'une nouvelle relation amoureuse est sur le plan individuel l'un des principaux facteurs d'ajustement qui permet de défaire le lien conjugal et d'augmenter l'estime de soi. Par contre, les préoccupations financières deviennent centrales, surtout pour les femmes, en particulier celles qui n'ont pas ou peu travaillé durant la période du mariage; pratiquement tous expérimentent un changement de style de vie.

Processus émotionnel de transition pour le couple

À cette phase, le processus émotionnel de transition que doit traverser le couple réside dans leur capacité à maintenir le contact entre eux et à développer une relation de co-parentalité. Il s'agit aussi de reconnaître que les enfants n'ont pas divorcé de leurs parents et par conséquent d'encourager la relation des enfants avec chaque parent. Par rapport à l'ex-conjoint, il faut parfois reconnaître les nouveaux liens qui peuvent conduire à la cohabitation ou au remariage.

Changement(s) de second ordre à introduire

- *au niveau de la réorganisation du système*

À cette phase, le challenge du système familial réside dans sa réorganisation, alors qu'il a plutôt tendance à se démanteler sous le nombre de changements qui accompagnent tout divorce. D'une part, toutes les habitudes de la vie quotidienne sont bouleversées; de nouvelles règles et patterns interactionnels doivent être définis. D'autre part, l'effectif des membres du système change : il y a désormais deux ménages, chacun se composant d'un seul parent, parfois avec de nouveaux partenaires, qui peuvent avoir eux-mêmes un ou des enfant(s); la fratrie peut être séparée; parfois d'autres personnes que les parents assument un rôle important au quotidien (garde des enfants); etc. De plus, les changements de rôles, de frontières et de structures hiérarchiques sont susceptibles d'affecter tous les sous-systèmes : par exemple mari/femme, parent/enfant, frère/sœur, grand-parent/petit-enfant, époux/famille d'origine de l'autre conjoint, époux/belle-famille, etc. Enfin, les relations avec tous les systèmes extérieurs à la famille nucléaire changent

1. Pour plus de détails, voir ci-après les chapitres 3.1. et 3.2.

également : avec les familles d'origine et les familles étendues, avec les amis, avec l'école, avec le réseau professionnel et social, etc. Tous ces changements constituent des sources de stress et de conflits supplémentaires qui interfèrent avec les transitions auxquelles il faut faire face.

La tâche du couple est extrêmement difficile : il s'agit de mettre fin à la relation conjugale, tout en maintenant des liens d'interdépendance en tant que couple parental. Une étude d'Ahrns (1986) portant sur la qualité de la relation — observée sur cinq ans — entre les parents après le divorce montre que la moitié des couples ont une relation amiable entre eux (12 % sont d'excellents copains et 38 % sont des collègues coopératifs), alors que l'autre moitié des couples ont une relation plus conflictuelle (25 % sont des associés fâchés et 25 % sont d'ardents adversaires). La qualité de la co-parentalité est généralement plus difficile dans la première année qui suit la séparation et s'améliore par la suite.

- *au niveau de la redéfinition du système*

Il y a redéfinition du système quand la famille a accompli les tâches des phases précédentes ; pour cela des changements de second ordre auront permis une flexibilité dans les relations dans le but d'aménager le maximum de contacts avec le minimum de conflits. De nouveaux rôles et frontières ont été clarifiés au sein du système composé désormais de deux ménages. Chacun d'eux doit non seulement s'organiser, mais encore reconstruire son propre réseau social et accepter celui de l'autre. La famille se restabilise plus rapidement, lorsqu'une relation de coopération entre les ex-époux peut être établie de manière continue.

2.3.1.7 *Commentaires*

On retrouve à travers ces six phases les diverses facettes du divorce décrites par Goubier-Boula : le divorce émotionnel, le divorce légal, le divorce économique, ainsi que le « divorce psychique qui implique le développement de responsabilisation et d'une autonomie affective nouvelle et différente du contrat implicite de soutien, de négociations et d'échanges connus dans le mariage ». Ces différents aspects du divorce représentent les tâches du couple conjugal, mais la façon dont les parents les gèrent est associée à l'ajustement et à la satisfaction de l'enfant.

Il faut cependant noter que ces modèles ne prennent guère en compte l'histoire conjugale et familiale au niveau transgénérationnel qui participe à la prise de conscience des difficultés conjugales et à l'idée de séparation. Pour comprendre la place et le rôle de chaque membre de la famille, il faut aller au-delà des faits et des événements (la mésentente conjugale par

1. Ahrns, 1986, cité par Stern Peck, & Manocherian, 1989.
2. Goubier-Boula, 1994, p. 181.

exemple) et se référer à toute l'histoire de la famille et à l'intégration de celle-ci dans les familles d'origine et élargie.

Afin de déterminer le rôle et la place occupés par l'enfant au sein de l'histoire familiale, l'écoute de l'enfant devrait entre autres recueillir de telles données. La détermination du type de participation à accorder à l'enfant dans le processus judiciaire du divorce de ses parents devrait non seulement se baser sur des variables comme l'âge ou le stade de développement de l'enfant, mais également tenir compte de l'histoire transgénérationnelle de la place de l'enfant dans le fonctionnement de sa famille.

2.3.2 Le processus de divorce dans le cycle vital de la famille

Le point de vue systémique considère que comme tout autre système vivant, les couples et les familles « croissent et évoluent à travers des crises, pour franchir les étapes d'autonomie du cycle vital ». Dans cette perspective, il est intéressant de se demander quelle place le divorce occupe dans le cycle vital de la famille, et quel est son impact sur l'évolution de ce cycle.

2.3.2.1 La notion de « cycle vital » ou de « cycle évolutif » de la famille

Faisant référence à la dimension diachronique de l'évolution d'une famille, le concept de « cycle vital » ou de « cycle évolutif » vise à repérer les étapes décisives de la croissance d'une famille depuis sa constitution par un couple. Celui-ci s'agrandit avec la venue d'un ou de plusieurs enfants, qui font évoluer l'ensemble du système au travers d'un cycle; le départ et/ou le mariage des enfants amorcent de nouveaux cycles. Le cycle évolutif d'une famille comprend à la fois des événements prévisibles ou imprévisibles, ainsi que des étapes plus ou moins faciles à franchir. On retient généralement cinq étapes principales :

La première étape correspond au couple nouvellement formé, pour passer ensuite à la famille comprenant de jeunes enfants, puis des adolescents; la séparation et le départ de ces derniers ouvrent la dernière phase, celle du vieillissement. Chaque transition entre deux étapes peut être considérée comme ouvrant la possibilité d'une crise. [...] (Des) recherches retrouvent des corrélations significatives entre l'apparition de troubles chez un individu et l'entrée, par le mariage ou la naissance, ou la sortie, par le divorce ou la mort, d'un membre du système familial. Chaque phase correspond à un nouvel apprentissage dans le réaménagement des interactions familiales, ce qui est particulièrement important au moment de l'adolescence [...]. Même si on peut mettre l'accent sur la trajectoire de l'individu dans ce groupe, on doit tenir compte du fait qu'au travers de ce cycle on assiste à un phénomène de coévolution de la famille entière grâce aux divers stades de développement qui ponctuent cette dynamique .

-
1. Goubier-Boula, 1994, p. 177.
 2. Benoît, Malarewicz, Beaujean, Colas, & Kannas, 1988, p. 98.

Les risques de crises et de séparation, comme le divorce, sont les plus grands dans les phases de transition et de déséquilibres du cycle vital de la famille.

2.3.2.2 *Le divorce : une phase supplémentaire du cycle vital ?*

Selon le point de vue que l'on adopte, le divorce constitue une étape plus ou moins prévisible du cycle évolutif d'une famille. Des auteurs comme Carter et McGoldrick (1989) ou Robinson (1991) considèrent que la rupture introduite par le divorce dans l'organisation du système familial ajoute une phase supplémentaire au cycle évolutif d'une famille, alors que d'autres auteurs, se référant au pourcentage important de familles traversant cette étape, argumentent en faveur d'une étape « normale » du cycle évolutif.

Quelle que soit l'optique choisie, comme décrit ci-dessus, le divorce implique pour la famille et pour chacun de ses membres l'accomplissement d'importantes tâches émotionnelles liées aux différentes transitions de ce processus complexe et aux changements de statuts et de rôles dans le système. En particulier, chaque partenaire du couple doit faire le deuil des espoirs, des rêves et des attentes qu'il avait investis dans son conjoint et dans leur mariage. Pour cela, il doit faire le deuil de ce qui est perdu, se confronter à diverses blessures et pertes, ainsi qu'à des sentiments comme la peur, la honte, le blâme, la responsabilité, etc.

Selon Carter et McGoldrick (1989), toutes les familles exposées à un divorce vivent des pics de tension émotionnelle à différents moments du cycle évolutif. Ces pics ne se limiteraient pas aux principales transitions de la phase de divorce, mais resurgiraient à des phases ultérieures de développement dans le cycle évolutif, comme le mariage des enfants, la naissance des petits-enfants, le remariage, la maladie ou la mort de l'ex-conjoint.

Ainsi, la phase de divorce complexifie les tâches développementales « normales » auxquelles le système familial fait face durant cette période, ainsi que celles qu'il devra remplir dans le futur. La période du cycle évolutif pendant laquelle se déroule le processus de divorce influence l'ajustement du système familial à ce processus, ainsi que l'ajustement de l'enfant, étant donné que l'âge et le stade de développement de l'enfant déterminent partiellement les tâches de la famille dans une période du cycle évolutif. De plus, l'âge et le stade de développement influencent la manière dont l'enfant va vivre et comprendre ce processus.

1. Rice, & Rice, 1986; Ahrons, & Rodgers, 1988; cités par Robinson, 1991.

Chapitre 3

LE POINT DE VUE DE L'ENFANT

L'étude de l'ajustement des enfants au divorce vise à mettre en évidence le jeu des variables individuelles, relationnelles, et contextuelles propres à favoriser ou au contraire à entraver le développement des enfants confrontés à ce processus. Son objectif est donc non seulement d'attirer l'attention sur les vulnérabilités particulières de ceux-ci, mais également de souligner leurs compétences et ressources propres. En effet, les enfants, bien qu'interdépendants du contexte dans lequel ils vivent, « sont porteurs d'un savoir et d'une puissance réelle par la place qu'ils sont à même de prendre quand l'un des conjoints "s'absente", par exemple lors d'une crise conjugale ». Dans ce sens, l'enfant apparaît bien comme un sujet à part entière, auquel il convient de reconnaître à la fois « un droit à la différence, en même temps qu'un droit à la prise en compte de cette différence » .

Afin de prendre en compte la composante développementale des enfants pendant la période de divorce, Emery (1989) propose de considérer l'impact psychologique du divorce sur les enfants à deux niveaux au moins :

- d'une part, le niveau d'*adaptation à court et à moyen termes à la séparation elle-même et aux changements qui en découlent* :

De manière globale, lorsque le divorce implique un minimum de ruptures aux niveaux affectif, environnemental, et social, le processus d'adaptation apparaît le moins stressant pour les enfants qui retrouvent le plus rapidement possible une stabilité.

- d'autre part, le niveau d'*adaptation à long terme à la situation de divorce* :

1. Bawin-Legros, 1988, p. 17.
2. Clément, 1993, p. 257.

À plus long terme, l'ajustement des enfants à cette situation dépend de la qualité de l'environnement post-divorce en regard de celle existante dans la phase pré-divorce, ainsi que de certains patterns d'interaction familiale et de caractéristiques propres aux enfants.

Dans ce sens, la question de la participation de l'enfant au processus juridique du divorce devra prendre en compte ces deux aspects et évaluer à la fois l'impact d'une participation *et* l'impact d'une non-participation de l'enfant à court, moyen et long termes sur son ajustement.

3.1 Processus de divorce et ajustement de l'enfant

Afin de ne pas stigmatiser le divorce comme un phénomène inévitablement pathologique pour l'enfant dont les parents divorcent et de l'aborder dans toute sa complexité psycho-socio-légale, des sociologues trouvent préférable de parler des aspects psychologiques du divorce chez les enfants, plutôt que d'emprunter « le terme "effets" (qui) présuppose une corrélation automatique et simplificatrice du "divorce" sur le "développement de l'enfant" » .

Tout en respectant et partageant ces précautions, il faut souligner que le divorce n'est nullement un processus anodin du point de vue de l'enfant (et des autres protagonistes) et que sa survenue implique forcément un impact — potentiellement positif, négatif ou neutre selon la manière dont il est géré et les changements qu'il entraîne — dans la vie de ceux qui s'y confrontent. De fait, le divorce en lui-même n'a pas d'effets significatifs sur le fonctionnement de l'enfant et il n'existe pas de relation directe entre le divorce des parents et la présence de problèmes psychologiques chez les enfants. Cependant, un ensemble de facteurs contextuels associés au divorce peut avoir une influence directe sur l'environnement de l'enfant, et par là même sur ses efforts adaptatifs. C'est dans cette optique qu'il faut examiner les résultats de recherches montrant que le divorce est un facteur de risque plus important que le décès d'un parent dans la survenue de différents problèmes d'ordre psychopathologique. Par ailleurs, il apparaît que les enfants peuvent présenter un meilleur ajustement dans des familles divorcées dont les ex-conjoints ont réglé leurs conflits que dans des familles où les deux parents cohabitent tout en étant continuellement en conflit . Ainsi, en lui-même, le type de structure familiale (intacte, disjointe, recomposée) est insuffisant à rendre compte des difficultés de certains enfants.

-
1. Martin, 1988, p. 93.
 2. Emery, 1989.

3.1.1 Les transitions émotionnelles propres à l'enfant

L'ajustement de l'enfant à la situation de divorce implique pour lui non seulement de traverser et de faire face à toutes les étapes décrites pour le système familial, mais encore à différentes transitions émotionnelles qui lui sont propres et qui peuvent être résumées de la manière suivante :

1. *Reconnaître la réalité de la rupture conjugale :*

Ce processus ne peut débuter avant que l'enfant n'ait été mis clairement au courant de la rupture conjugale, et pour autant qu'il trouve certaines réponses à ses propres questions. Lorsque la séparation devient effective au niveau de sa réalité quotidienne, l'enfant doit élaborer une compréhension de celle-ci sur un plan cognitif.

2. *Se désengager du conflit parental et de la détresse qui continue généralement à le préoccuper :*

Il s'agit pour l'enfant de faire face aux conflits de loyauté inhérents à la situation de divorce en s'autorisant à conserver une relation avec ses deux parents qu'il devra négocier avec chacun d'eux séparément.

Au moment de la séparation et jusqu'à la décision finale du juge, l'enfant doit faire face à l'anxiété qui l'envahit à propos de l'incertitude des décisions le concernant.

3. *Accepter la perte :*

L'acceptation de la perte (symbolique et réelle) passe entre autres par l'acceptation que la réunion des parents n'est pas possible.

4. *Résoudre/dissiper la colère et les reproches qu'il s'adresse à lui-même :*

L'élaboration de cette transition émotionnelle doit lui permettre de se sentir libre, de se réappropriier les activités qui le concernent (école, jeu, sport, sorties, etc.).

5. *Accepter la permanence du divorce :*

L'acceptation de la permanence du divorce est l'une des tâches émotionnelles de l'enfant dans la phase post-divorce. Durant cette période, l'enfant a d'autres tâches, comme celle de devenir plus indépendant tout en poursuivant son propre chemin d'enfant.

6. *Parvenir à des espoirs réalistes par rapport aux relations à ses parents :*

Dans la phase post-divorce, l'enfant est toujours confronté à des conflits de loyauté qu'il doit gérer dans la relation à chaque parent séparément. L'enfant doit également accepter les défaillances de chacun d'eux.

La durée et les difficultés rencontrées à chacune de ces étapes sont tributaires de l'interaction complexe de facteurs personnels, familiaux et contextuels de la situation de chaque enfant et du sens qu'il peut donner au divorce.

1. Neal, 1983, cité par Ackerman, 1995; Gately, & Schwebel, cités par Robinson, 1993.

3.1.2 Épistémologie des études portant sur l'ajustement de l'enfant au divorce

Selon leur épistémologie sous-jacente, les études portant sur l'ajustement de l'enfant au divorce peuvent être regroupées en deux catégories :

1. Celles qui portent sur une population clinique et qui cherchent à associer le divorce avec la survenue de certaines conséquences chez l'enfant dont les parents se sont séparés. Dans ce but, elles sont amenées à considérer le divorce comme un événement unique et semblable pour tous.
2. Celles qui effectuent un suivi longitudinal d'une cohorte d'enfants confrontés au divorce. L'objectif de ces études est d'investiguer de manière systématique le vécu de ces enfants, ainsi que l'impact du divorce sur leur développement en recherchant quels facteurs sont susceptibles de le favoriser, de l'entraver ou de n'avoir aucun effet sur lui.

3.1.2.1 Les études portant sur des populations cliniques

Les études de cette première catégorie visent à évaluer si les enfants de parents divorcés ont un développement psycho-socio-affectif différent de celui des enfants dont les parents n'ont pas divorcé. Ces études portent sur la fréquentation des services de santé mentale par ces enfants, sur l'externalisation de leurs problèmes — sous forme de délinquance, d'agressivité ou de désobéissance — et sur l'internalisation de leurs problèmes — sous forme de dépression, d'anxiété ou de faible estime de soi — sur leur fonctionnement intellectuel et académique, sur leur rôle sexuel et leur comportement hétérosexuel, leurs compétences sociales, ainsi que sur leur fonctionnement durant la vie adulte. De manière générale, il ressort de ces études que bien qu'il n'y ait pas de lien direct entre le divorce des parents et de tels effets indésirables, le divorce est régulièrement associé avec une fréquentation accrue des services de santé mentale, avec une plus forte probabilité de présenter des problèmes de comportement, d'obtenir de moins bons résultats à l'école et de divorcer soi-même à l'âge adulte.

Les résultats de ces études ne peuvent être sous-estimés; cependant, il faut se garder d'adopter une position alarmiste. Diverses considérations d'ordre méthodologique, dont la nature rétrospective de ces études effectuées sur des populations cliniques, doivent inciter à une certaine prudence quant à l'interprétation de leurs résultats :

- d'une part, ces études montrent que les enfants issus de familles monoparentales et ceux dont les parents ont divorcé expérimentent plus de problèmes d'adaptation que les enfants vivant avec leurs deux parents, étant donné leur surreprésentation dans les échantillons de population clinique; par contre, ces études ne disent pas combien d'enfants issus de ces familles n'appartiennent pas à la population clinique.

1. Pour une revue de celles-ci, voir entre autres Emery, 1989.

Une étude longitudinale portant sur plus de 2000 enfants âgés de 7 à 11 ans montre que 13 % des enfants dont les parents ont divorcé consultent un professionnel de la santé mentale. Cela signifie que chez les enfants de cette tranche d'âge, un divorce des parents est associé avec deux à trois fois plus de risques de consulter un professionnel de santé mentale, qu'un enfant vivant dans une famille où les parents sont mariés et heureux! Cela signifie aussi que 87 % des enfants de cette tranche d'âge font face au divorce de leurs parents sans l'aide d'un professionnel. Il ne faut donc ni sous-estimer, ni sur-estimer les conséquences du divorce.

- D'autre part, étant donné les diverses raisons sous-tendant une décision de divorce et le nombre de changements associés à un divorce, il apparaît que le statut de la famille n'est pas en lui-même la variable la plus pertinente à prendre en compte dans l'étude de l'impact du divorce sur les enfants. L'étude d'autres variables liées au processus de divorce dans la famille, comme les changements survenus dans la relation entre l'enfant et chaque parent, la gestion des conflits dans le couple conjugal, la satisfaction de l'enfant avec l'organisation familiale post-divorce constitue une manière plus appropriée d'évaluer l'impact du divorce sur les enfants.
- Enfin, dans ces études, les trois variables temporelles — âge de l'enfant au moment de la séparation, temps écoulé entre le moment du divorce et celui de l'étude, et âge de l'enfant au moment de l'étude — sont parfois mises sur le même plan; or, d'une part, les réactions de l'enfant au moment du divorce varient en fonction de son âge, et d'autre part, plus le divorce est récent par rapport au moment de l'enquête, plus il est facile d'observer des perturbations chez l'enfant.

En conclusion, on peut relever que la centaine d'études conduites sur l'ajustement de l'enfant obtiennent des résultats contradictoires et ne réussissent pas à mettre en évidence de manière consistante une association entre le divorce et un problème particulier d'ajustement chez l'enfant.

3.1.2.2 Les études portant sur des populations tout-venant d'enfants

Les études de cette deuxième catégorie, qui visent donc à mettre en évidence l'impact du divorce sur des populations d'enfants non cliniques, partent du présupposé que le divorce constitue un stress non seulement pour les parents, mais également pour leurs enfants. Les données sont récoltées de manière longitudinale auprès des enfants et de leurs familles dès la séparation ou le divorce, puis à différents moments plus éloignés dans le temps.

1. National Survey for Children (NSC), 1976, cité par Emery, 1989.

Parmi les études de cette deuxième catégorie, celle de Wallerstein et Kelly (1989) qui ont suivi plus de soixante familles non cliniques confrontées au divorce occupe une place de première importance. Les 131 enfants de cette étude réalisée en Californie, âgés de trois à dix-huit ans au moment de la séparation conjugale, ont été suivis, ainsi que leur famille sur une période de cinq ans, avec des follow-up à dix et quinze ans après la séparation. De manière générale, les résultats de cette étude montrent que :

- Chaque enfant/adolescent confronté au divorce a l'impression de porter un fardeau unique.
- Leurs sentiments individuels recoupent cependant un faisceau de préoccupations et de sentiments communs à tous.
- Au niveau de l'adaptation à court et à moyen terme à la séparation et aux changements qu'elle provoque, les facteurs d'âge et de développement influencent la façon dont chaque enfant en particulier réagit à ces préoccupations et interprète les événements autour de lui.
- À plus long terme, les réactions, quoique toujours liées dans une certaine mesure à l'âge des enfants, se rattachent à des rapports complexes entre différentes composantes, dont les principales sont :

(1) le degré auquel les parents (ont) réussi à résoudre et à mettre de côté leurs conflits et leur colère et à profiter du soulagement procuré par le divorce; (2) la façon dont le parent ayant la garde (a) traité l'enfant et la reprise ou l'amélioration des soins dans la maison; (3) le degré auquel l'enfant ne se (sent) pas rejeté dans la relation avec le parent absent et auquel cette relation s'(est) poursuivie sur des bases régulières et (suit) le rythme de sa croissance; (4) l'éventail d'atouts et de déficiences déjà présents chez l'enfant avant le divorce, y compris son histoire dans la famille ancienne et sa capacité à faire usage de ses ressources dans le présent, notamment l'intelligence, l'aptitude au fantasme, la maturité sociale et la capacité à se tourner vers les camarades et les adultes; (5) la disponibilité d'un réseau de soutien humain; (6) l'absence de ressentiment et de dépression continus; et (7) son âge et son sexe¹.

- La présence ou l'absence de certains éléments propices n'entraîne pas automatiquement un bon ou un mauvais résultat au niveau de l'adaptation de l'enfant. Il existe toute une série de combinaisons de facteurs allant des plus favorables au plus défavorables pour le développement de l'enfant. Par exemple, beaucoup d'enfants ne voyant pas le parent non gardien, en général le père, sont déprimés, manquent de confiance en eux et sont convaincus d'être rejetés; mais, le fait de rencontrer régulièrement le parent non gardien n'est pas une garantie de bonne santé mentale si, dans le même temps, le parent gardien ne prodigue pas des soins adéquats. Dans le même ordre de réflexion, il faut mentionner que les facteurs positifs et négatifs n'ont pas forcément le même poids et que

1. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 268.

les traumatismes et les pertes peuvent s'imprimer longtemps dans la mémoire des enfants. Par exemple, les enfants qui ont vécu dans une atmosphère chaleureuse avant le divorce mettent longtemps à accepter et à s'adapter à la famille éclatée; ils ressentent longtemps la souffrance de la perte et restent parfois incapables de comprendre les raisons de la séparation.

Les résultats de cette étude mettent en évidence que l'ajustement de l'enfant à la situation de divorce dépend de nombreux facteurs en interaction complexe et qu'il ne peut être prédit à partir de variables simples comme l'âge ou le sexe de l'enfant au moment de la séparation, ou le parent avec qui il vit, etc.

3.1.3 Facteurs associés à l'ajustement de l'enfant¹

L'objectif de ce chapitre est de passer en revue les principaux facteurs associés à l'ajustement de l'enfant. La plupart d'entre eux sont liés au contexte de la situation de divorce et devraient tous faire l'objet d'une évaluation au moment de l'attribution de la garde de l'enfant.

3.1.3.1 *L'âge de l'enfant au moment de la séparation et sexe de l'enfant*²

En suivant les présupposés des théories psychanalytiques et de l'attachement notamment, on a longtemps pensé que l'âge de l'enfant au moment du divorce avait une influence sur son ajustement. Faisant référence à certaines périodes « critiques » du développement, certains auteurs, comme Françoise Dolto (1988), allaient même jusqu'à recommander aux parents de jeunes enfants de retarder le moment du divorce « jusqu'à quatre ans révolus; mais dans des situations précises, cette période peut se prolonger jusqu'à ce que l'enfant ait onze, douze ans ». De fait, les résultats de nombreuses études ne confirment pas le bien-fondé d'un tel conseil.

La séparation des parents n'est pas forcément plus perturbante pour un enfant à un âge précoce que pour un enfant plus âgé. Par contre, l'âge de l'enfant au moment du divorce détermine les moyens cognitifs et affectifs que l'enfant peut mobiliser pour faire face au divorce et y donner un sens, et, par conséquent, la nature des perturbations.

Le sexe de l'enfant a une influence similaire à celle de l'âge sur les réactions de l'enfant au divorce. Les enjeux identificatoires et les expériences de socialisation n'étant pas les mêmes pour les filles et les garçons, la nature de leurs réactions peut également varier.

1. Les données de ce chapitre sont tirées lorsqu'il n'y a pas de précision de trois publications ayant procédé à la revue de nombreuses études portant sur ces questions : Emery, 1989; Felner, & Terre, 1987; Poussin, 1993.
2. L'influence de ces deux facteurs sur les réactions des enfants à la séparation des parents a été étudiée dans des familles où la garde a été confiée à la mère.
3. Dolto, 1988, p. 36.

3.1.3.2 Les facteurs contextuels¹

Comme souligné à plusieurs reprises, ce n'est pas le divorce en lui-même qui a une influence sur les réactions de l'enfant, mais différents facteurs liés au contexte du divorce. Parmi ceux-ci, le degré de conflits entre les parents et leur (in)capacité à maintenir l'enfant à distance de ceux-ci semble être un des principaux facteurs différenciant les enfants qui s'ajustent bien au divorce de ceux qui expérimentent divers troubles d'adaptation. D'autres facteurs, comme la qualité des relations entre l'enfant et chaque parent, ainsi que les conditions qui entourent ces rencontres, le degré d'instabilité et de changement dans la vie quotidienne de l'enfant, le bien-être émotionnel de chaque parent, et en particulier du parent gardien, le niveau de stress et de privations liés aux conditions économiques post-divorce du lieu de vie de l'enfant, sont discutés ci-après.

Les conflits entre les parents et leur capacité à maintenir l'enfant hors de ceux-ci dans les phases de pré- et de post-divorce

L'exposition répétée des enfants à des conflits entre les parents, qu'ils vivent ensemble ou soient divorcés, a été identifiée comme un facteur de risque important pour de multiples troubles psychopathologiques de l'enfance et de l'adolescence. En cas de divorce, il est reconnu de manière unanime que les conflits entre les parents à propos de l'éducation (comprise dans un sens très large) de l'enfant, leur persistance, voire leur exacerbation après le divorce, affectent négativement l'adaptation de l'enfant.

Les théories systémiques qui ont mis l'accent sur l'importance de concevoir la famille comme un système auto-organisé et évoluant dans le temps proposent de comprendre l'ajustement de l'enfant à la situation de divorce en se focalisant sur les relations au sein de la triade père-mère-enfant. La clinique basée sur ces modèles a mis en évidence que l'enfant peut être impliqué ou « triangulé » de différentes manières au sein du conflit conjugal et parental, parfois bien longtemps avant le divorce :

- l'enfant peut être triangulé par un parent dans une coalition — dont il nie l'existence — contre l'autre parent : on parle alors de « triangle pervers » (Haley). L'intention sous-jacente du parent qui institue la coalition semble déterminer le degré d'influence pathogène de cette dernière sur le développement de l'enfant.

1. L'influence de ces facteurs sur les réactions des enfants à la situation de divorce a été étudiée dans des familles où la garde a été confiée à la mère.
2. « Triade : relation entre trois personnes, considérée comme une unité [...]. Une *triade rigide* (Minuchin) se caractérise par le fait qu'un enfant est systématiquement impliqué dans le conflit conjugal des parents » (Salem, 1987, p. 176).
3. Par simplification, la relation est présentée avec un seul enfant; s'il y a toute une fratrie, le jeu se complexifie et la position de chaque enfant doit être examinée non seulement dans le triangle père-mère-enfant, mais également dans tous les « triangles » du jeu familial.

L'étude des « jeux psychotiques dans la famille » où le conflit conjugal est souvent nié a en effet montré que dans ceux-ci, la configuration de la coalition peut être encore plus perverse que celle observée dans les « triangles pervers » :

Mis à part le fait d'être souterraine, transgénérationnelle et d'être niée, elle est presque toujours instrumentale, au moins de la part du parent. [...] il ne s'agit pas d'une offre de relations incestueuses compensatoires (« consolons-nous entre nous des souffrances qu'il ou elle nous inflige »), mais plutôt d'un lien qui vise exclusivement le « provocateur actif ». Le centre d'intérêt du parent « provocateur passif » reste le conjoint, et non l'enfant, même si celui-ci a l'illusion d'être devenu le conjoint substitut. Pour cela nous nous sommes sentis autorisés à considérer cette coalition déjà comme un « imbroglio » dont le futur patient désigné est victime .

Lorsque l'enfant découvre le caractère instrumental du lien avec le parent-allié, il découvre aussi que « le présupposé de fond sur lequel il a basé tout son univers affectif et cognitif a été falsifié » et est alors à risque de sombrer dans la psychose.

- l'enfant peut se comporter de manière à détourner l'attention des parents sur lui (agressivité, mauvais résultats scolaires, symptômes divers, fugue, délinquance, toxicomanie, etc.), jusqu'à parfois devenir le bouc-émissaire du système : les parents se détournent alors du conflit conjugal.
- l'enfant peut au prix de nombreux efforts essayer de maintenir une relation égale avec chaque parent.
- l'enfant peut tenter d'intervenir directement dans les conflits et de médiatiser une solution.
- l'enfant se défend de la détresse créée par le conflit conjugal en opérant un retrait émotionnel ou physique.
- l'enfant, conscient des conséquences du conflit, peut manœuvrer pour éviter d'être pris dans le conflit .
- l'enfant peut aussi exploiter la division entre ses parents, en les montant l'un contre l'autre.

L'origine du conflit conjugal varie d'un couple à l'autre et a une influence non seulement sur le jeu conjugal, mais également sur la manière dont l'enfant y est impliqué et peut l'influencer en retour. Généralement, l'enfant entre progressivement dans le conflit conjugal; ce n'est qu'au bout d'un certain temps qu'il y prend une part active, sur l'incitation de l'un des conjoints au moins, comme l'ont observé Cirillo et Di Blasio (1992) dans les

1. Selvini Palazzoli, Cirillo, Selvini, & Sorrentino, 1990.
2. Ibid., p. 194.
3. Viaro, cité par Selvini Palazzoli, Cirillo, Selvini, & Sorrentino, 1990, p. 195.
4. Johnston, Campbell, & Mayers, 1985, cités par Emery, 1989, p. 96.

familles où s'exercent de la violence physique envers les enfants. L'enfant peut avoir d'autres réponses émotionnelles et comportementales que l'agressivité au conflit d'un parent; il n'en prend pas moins un rôle actif préjudiciable à son développement. Dans ce sens, toute situation de divorce dans laquelle le conflit des parents perdure devrait faire l'objet d'une évaluation visant à déterminer la place prise par l'enfant dans le conflit conjugal dans une perspective diachronique.

Selon l'étude de Wallerstein et Kelly, au moment de la séparation, la plupart des enfants conceptualisent le conflit conjugal comme un affrontement entre deux camps ennemis, et « se sentent écartelés dans les deux directions par leur amour et leur loyauté », même lorsque le conflit n'est pas exacerbé par les parents. On peut donc relever que du fait de loyautés conflictuelles, l'enfant a une vulnérabilité particulière à entrer dans le conflit conjugal au moment du divorce, même lorsque les parents ne l'y impliquent pas activement. Suivant leur âge et leurs capacités cognitives, les enfants vont gérer différemment le conflit de leurs parents. Il semblerait que plus l'enfant est jeune, plus il est pris dans ses conflits de loyautés; alors que plus grand, soit il tente de trouver une solution au conflit en tant que médiateur, soit il cherche au contraire à s'en retirer.

Les relations parents-enfants

Si la séparation physique des parents constitue l'événement le plus stressant pour les enfants, il n'est pas le plus saillant concernant l'ajustement psychologique à plus long terme de l'enfant. La continuité des liens avec chaque parent apparaît sur ce plan comme un facteur de première importance.

Pour comprendre l'influence de la relation de l'enfant avec chaque parent sur son ajustement à la situation de divorce, il faut souligner que la relation au parent après la séparation dépend à la fois du processus de redéfinition de cette relation et des caractéristiques de cette relation, une fois redéfinie. Les problèmes liés à la fonction parentale varient d'une situation à l'autre, entre les pères et les mères, et même dans le temps pour la même personne. Un déséquilibre majeur apparaît dans tous les cas entre les enjeux du parent gardien et ceux du parent non gardien.

La relation au parent gardien

Selon Emery (1989), un nouvel équilibre doit être trouvé entre le parent gardien et l'enfant au niveau de trois grands domaines, potentiellement problématiques : les relations affectives, la structure de l'autorité dans la famille, et la répartition des tâches ménagères.

Sur le plan des relations affectives, le risque est que parent gardien et enfant soient ou trop proches ou trop distants; la distance entre eux dépend à la fois des besoins affectifs du parent et des capacités/diffi-

1. Wallerstein & Kelly, 1989, p. 79.

cultés de l'enfant à résoudre ses loyautés par rapport à chaque parent. Sur le plan de l'autorité, l'augmentation des responsabilités du parent implique généralement que les enfants doivent assumer plus d'indépendance.

Sur le plan des tâches de la maison, les enfants doivent généralement grandir plus vite et assumer plus de demandes.

De manière constante, il est relevé que lorsqu'il existe une solide relation avec la mère qui a la garde de l'enfant et que cette relation n'a pas trop souffert de ruptures liées au stress du divorce, l'enfant s'ajuste généralement bien à la situation de divorce. Il faut cependant se garder d'imaginer qu'avant le divorce, la relation mère-enfant est forcément bonne. De l'étude de Wallerstein et Kelly (1989), il ressort que les enfants qui avaient été négligés dans un mariage conflictuel l'étaient encore généralement plus après le divorce, l'attention maternelle diminuant encore suite à la nécessité d'un emploi à plein temps et à une plus grande agitation encore dans leur vie sociale.

Des changements d'ordre à la fois qualitatif et quantitatif peuvent influencer favorablement ou négativement l'ajustement de l'enfant. Les changements négatifs dans la relation mère-enfant ne sont pas forcément inhérents à la situation de divorce elle-même, mais peuvent relever des différents stress engendrés par cette situation. Par exemple, si une mère qui a la garde de l'enfant doit plus travailler à l'extérieur de la maison pour maintenir le niveau de vie précédent le divorce, elle risque d'être moins disponible pour l'enfant. Par contre si elle reste à la maison, la famille doit changer d'appartement, peut-être de quartier, et l'enfant doit alors changer d'école. Il est difficile de savoir lequel de ces changements sera le moins préjudiciable à l'enfant.

La garde de l'enfant est confiée au père dans un nombre restreint de situations (environ 10 %), les études portant sur l'ajustement de l'enfant dans ses situations sont rares. La plupart d'entre elles sont de type descriptif et basées uniquement sur le vécu des pères. Différentes difficultés d'ordre méthodologique, et notamment l'hétérogénéité du groupe des pères ayant la garde, rendent leurs résultats difficiles à interpréter, impossibles à généraliser, et surtout à comparer avec ceux des études portant sur les situations où la garde a été attribuée à la mère.

La relation au parent non-gardien

Il faut relever que la qualité de la relation entre le parent non-gardien et l'enfant ne peut généralement pas être prédite à partir de la relation qui existait entre eux avant le divorce. La douleur du divorce peut éloigner certains parents qui n'ont pas la garde de leur enfant, alors que d'autres au contraire s'en rapprochent.

De manière générale, la relation avec le père non gardien diffère de la relation avec le père non divorcé sur le plan de la discipline et de l'engagement du père dans les travaux scolaires. Les pères divorcés ont moins de règles de discipline et attendent moins de leurs enfants sur ce plan. Ils font en général des activités sociales avec les enfants. À titre d'exemple extrême, certains pères se comportent lors des visites comme si « c'est toujours Noël » et comblent alors tous les désirs des enfants.

Par référence au besoin de l'enfant d'entretenir des relations continues avec ses deux parents, la quantité de contact entre le père non gardien et l'enfant a régulièrement été associée à l'ajustement de l'enfant. De fait, de nombreux facteurs sont susceptibles d'influencer la fréquence de ces contacts; il semble donc qu'une explication plus complexe doive être avancée par rapport à cette corrélation.

D'une part, il apparaît que c'est plus le pattern d'interactions familiales que supposent des contacts fréquents père-enfant qui est à l'origine de l'ajustement de l'enfant que le nombre de contacts en lui-même. Selon Emery (1989), le père en tant que parent non gardien peut par son soutien à la mère dans l'éducation jouer le même rôle que dans les familles intactes. D'autre part, dans certains cas, notamment quand le conflit interparental est élevé ou que le père non gardien présente des troubles psychopathologiques sévères, l'augmentation du nombre de contact avec lui a un effet plus négatif que positif sur l'ajustement de l'enfant. Felner et Terre (1987) concluent que des relations continues et de bonne qualité avec les deux parents, qu'ils soient ou non séparés, constituent le meilleur garant d'un bon développement de l'enfant pour autant qu'il n'y ait que peu de conflits entre les parents. Par contre, beaucoup de contacts entre un parent non gardien et un enfant dans des circonstances d'hostilité entre les parents va à l'encontre de l'ajustement de l'enfant et réduit l'effet des bons soins du parent gardien. Ainsi, grandir dans une famille monoparentale stable constitue un meilleur environnement pour l'enfant qu'une famille intacte mais très conflictuelle ou que des contacts fréquents et conflictuels, avec le parent non gardien, lui-même en détresse ou souffrant de troubles psychopathologiques sévères.

Au vu de l'ensemble de ces données, il apparaît indispensable de ne limiter les contacts parent non gardien-enfant qu'après avoir fait une évaluation minutieuse du jeu relationnel sous-tendant une situation de conflit prolongé entre les parents. L'attribution de la garde à un parent qui instigue l'enfant dans le conflit ne saurait aller dans le sens de l'intérêt bien compris de l'enfant.

Instabilité et changements dans l'environnement de l'enfant

La séparation et le divorce des parents s'accompagnent fréquemment de ruptures importantes dans le quotidien de l'enfant, l'organisation de la famille et les conditions de vie. La persistance de ces dernières altère le bien-être et le fonctionnement psychologique et social de l'enfant. Cela exacerbe également le niveau de stress et les capacités de faire face du parent gardien, généralement la mère, ce qui de manière circulaire augmente encore l'instabilité qui règne dans la vie de l'enfant.

Le bien-être des parents

Selon Felner et Terre (1987), l'état psychologique du parent gardien constitue l'un des facteurs qui affecte directement l'adaptation de l'enfant; il influence et est lui-même influencé par les trois facteurs contextuels discutés ci-dessus. Si la mère a souhaité le divorce, elle fait généralement face de manière plus efficace à la situation et serait mieux à même d'aider l'enfant à surmonter sa détresse.

Pour différentes raisons, il apparaît que la vulnérabilité de l'enfant aux difficultés psychologiques d'un parent avec lequel il vit est augmentée par la rupture conjugale. D'une part, « les exigences multiples du foyer éclaté risquent d'avoir un impact plus désorganisateur et durable sur un parent ayant à vivre cette expérience sur fond d'un passé d'instabilité psychologique ». La vie de l'enfant se caractérise alors par un désordre et une instabilité plus grande de la famille et de l'environnement immédiat, phénomènes qui ont toutes les chances de durer. D'autre part, certains parents perturbés souhaitent le divorce pour des raisons non évidentes aux yeux de l'enfant, qui ne peut lui donner un sens. Dans ces situations, le divorce n'apporte généralement aucun soulagement à l'enfant. Le parent perturbé s'appuie lourdement sur lui

pour recevoir des soins 'nourriciers', (s'agrippe à lui) pour se protéger d'une plus grande régression ou pour conserver le peu de prise qui lui (reste) sur la réalité. Enfin, le divorce (fait) disparaître la présence protectrice, équilibrante, de l'autre parent, qui (préserve) l'enfant au plan affectif et lui (fournit) constamment une perspective permettant de corriger une vision déformée de la réalité .

L'exposition prolongée d'un enfant à un tel environnement risque d'entraîner une identification psychopathologique de l'enfant au parent et des relations perturbées. Comme le dit Poussin (1993), ce risque est d'autant plus grand quand la maladie mentale d'un parent, la psychose par exemple, n'est pas reconnue officiellement comme telle, car l'enfant ne peut se protéger des comportements incompréhensibles du parent en s'en distanciant.

-
1. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 294.
 2. Ibid., p. 294.

Le stress lié à la situation économique post-divorce

Une des conséquences fréquentes du divorce constitue une baisse des ressources financières pour les deux conjoints, et notamment pour la mère qui a la garde des enfants. Il apparaît que « l'augmentation du stress économique et la modification des conditions financières expérimentées par les mères divorcées constituent un facteur-clé, intervenant dans beaucoup de conséquences négatives du divorce et dans "l'absence du père" ». Cette déprivation économique influence l'ajustement de l'enfant, non seulement par la diminution des ressources à sa disposition, mais également par les changements relationnels et environnementaux qu'elle engendre et les stress auxquels est soumis le parent gardien.

3.1.3.3 Le statut de la garde

Le statut de la garde (unique, conjointe ou alternée) a-t-il une influence sur l'ajustement de l'enfant? Les enfants s'ajustent-ils mieux avec l'un ou l'autre des parents? Telles sont les questions que se posent nombre de professionnels et de chercheurs. Aucune différence ne semble pouvoir être attribuée au statut de la garde lui-même; de même, la qualité de la relation parent-enfant n'apparaît pas être un meilleur prédicteur de l'ajustement psychologique de l'enfant.

La garde à un seul parent

Toutes les études montrent de manière relativement consistante que les enfants qui vivent avec le parent de même sexe développent de meilleures compétences sur le plan des relations sociales que ceux qui vivent avec le parent de sexe opposé. Il serait cependant prématuré de conclure que les filles devraient être attribuées à leur mère et les garçons à leur père, étant donné le nombre restreint d'attribution de garde au père et la manière dont celle-ci est réalisée — au moins dans les études concernées. Il s'avère en effet que la garde d'un garçon est attribuée au père lorsqu'il a été très impliqué dans l'éducation de son fils, alors qu'on ne lui attribue celle de sa fille en général seulement lorsque la mère présente de graves troubles d'ordre psychologique.

La garde conjointe et/ou alternée

Felner et Terre (1987) ont passé en revue les arguments des partisans et des opposants à la solution de la garde conjointe, avant d'évaluer son impact sur l'ajustement de l'enfant. Il faut remarquer que dans la littérature de langue anglaise la notion de « garde conjointe » recoupe différents types d'arrangements entre les parents allant d'une forme d'« autorité parentale conjointe » sans partage de la garde physique de l'enfant à un partage conjoint de cette dernière, parfois plus proche d'une forme de « garde alternée ».

1. Felner, & Terre, 1987, p. 122-3.

Utilisé sans précision, le terme « garde conjointe » désigne ci-après les différentes combinaisons autorité parentale et/ou garde conjointes.

Arguments des partisans de la garde conjointe

Les partisans de la garde conjointe argumentent que cette solution correspond à la fois aux besoins de l'enfant d'entretenir des relations continues avec ses deux parents et aux besoins des deux parents en réduisant les sentiments de lourdeur et de solitude du parent gardien par rapport à l'éducation de l'enfant et ceux de perte de rôle vis-à-vis de l'enfant du parent non gardien. L'idée est également que l'enfant serait moins exposé au conflit conjugal, étant donné que le climat d'adversité du tribunal est supprimé. Symboliquement, le juge n'aurait plus à déterminer quel parent est le meilleur pour l'enfant.

Arguments spécifiques des partisans de la garde alternée

La garde alternée consiste à partager équitablement le temps que l'enfant passe avec chacun des parents, qui exercent à tour de rôle leur responsabilité suivant une période définie. Ce système présuppose le plus souvent une autorité parentale conjointe.

La majorité des parents pratiquant la solution de la garde alternée pensent que cette solution préserve l'équilibre psychologique de l'enfant. Ils évoquent le bénéfice de la complémentarité des deux parents dans l'éducation et soulignent que l'alternance permet une disponibilité psychologique et matérielle vis-à-vis des enfants d'abord et une disponibilité pour l'organisation de sa vie personnelle hors période de garde des enfants, ensuite.

Arguments des personnes opposées à la garde conjointe et/ou alternée

Divers arguments ont cependant été opposés à la garde conjointe, particulièrement lorsqu'elle comprend le partage de la garde physique de l'enfant. D'une part, la perpétuation du lien parental en dépit de la rupture du lien conjugal apparaît comme un risque potentiel d'augmentation plutôt que de réduction des conflits. D'autre part, l'enfant est régulièrement exposé à de nombreux changements d'environnement; cela apparaît particulièrement stressant pour lui si les parents ne vivent pas proches sur le plan géographique et s'ils offrent des conditions et des styles de vie très différents l'un de l'autre. Cela revient dans ces conditions « à couper en deux l'enfant du divorce » car on ne le voit pas « changer sans dommage d'école, de camarades, voire de ville de résidence... ». Enfin, cette continuelle discontinuité est vue comme sus-

-
1. « Quand l'un a l'hébergement, il a aussi les droits classiques de l'hébergement monoparental, et l'autre conserve le droit de visite. Il y a tout simplement permutation à une date convenue » (Poussin, 1993, p. 228).
 2. Neyrand, 1994.
 3. Chiland, 1978, p. 3242, citée par Poussin, 1993, p. 229.

ceptible d'entraver la capacité de l'enfant à maintenir un lien émotionnel proche basé sur des interactions quotidiennes avec au moins l'un de ses parents.

Différentes études comparant l'ajustement des enfants vivant dans des familles pratiquant la garde conjointe à celui d'enfants vivant dans des familles pratiquant d'autres types de garde n'ont pas mis de manière consistante en évidence des différences significatives au niveau de l'ajustement de l'enfant. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y en ait pas, mais qu'il faut s'intéresser à l'interaction complexe des facteurs sous-tendant le choix d'un statut de garde par rapport à un autre et leur influence sur le comportement adaptatif de l'enfant.

Une vision du monde

Il apparaît en effet que les parents qui choisissent l'une ou l'autre de ces solutions de garde de leur enfant lors de leur séparation ne sont pas forcément représentatifs de la majorité des gens qui divorcent. Ils démontrent une capacité à communiquer et à s'entendre l'un avec l'autre pour les domaines concernant l'enfant, présentent une grande stabilité émotionnelle et optent pour la solution de la garde conjointe ou de la garde alternée, parce qu'elle leur apparaît correspondre à leurs besoins idéologiques, psychologiques et/ou sociaux.

La garde alternée ne semble pas non plus une solution adaptable à toute la population des divorcés. Une étude récente portant sur la pratique de la garde alternée montre en effet que celle-ci correspond aux représentations que les parents ont des options éducatives, du rôle de la parentalité et de la famille; de façon plus générale, elle se réfère à des valeurs fondamentales, telles que la responsabilité individuelle, la tolérance, et l'équité.

Il est dès lors moins surprenant que les parents qui optent pour ces types de garde s'en montrent généralement satisfaits et que l'enfant s'y ajuste bien. Les études portant sur l'ajustement de l'enfant dans ces familles

1. Fabre (1985, cité par Poussin, 1993, p. 229) énonce plusieurs raisons qui font de la garde alternée une pratique non généralisable à toutes les familles séparées par le divorce : « il faut pouvoir accepter le différé de la satisfaction. Elle (la garde alternée) répond à une intellectualisation des rôles parentaux donc une bonne intégration de l'image sociale, c'est-à-dire un statut social suffisamment gratifiant, suffisamment valorisé; elle nécessite une aisance financière car il faut que les deux parents possèdent un hébergement qui leur permet (te) de recevoir leur(s) enfant(s) et ceci en alternance ».
2. Cette étude concerne 19 couples pratiquant ou ayant pratiqué la résidence alternée (Neyrand, 1994).
3. L'intérêt de l'enfant et celui des parents se rejoignent « autour de la notion d'équilibre, de celle de complémentarité éducative, de circulation des affects et des investissements filiaux et parentaux que la circulation des enfants entre leurs deux domiciles autorise » (Neyrand, 1994).

l'associent généralement à l'opportunité qui lui est offerte de maintenir des relations positives avec ses deux parents. Or, on peut relever qu'une telle possibilité nécessite précisément une relation de coopération particulière entre les parents, notamment qu'il y ait peu de conflits entre eux et qu'ils s'apportent un support mutuel dans l'éducation de l'enfant. La présence de ces deux facteurs se trouve associée à l'ajustement de l'enfant, quel que soit le type de garde pratiqué.

La pratique de la garde conjointe, notamment lorsqu'elle n'implique pas la garde physique conjointe de l'enfant, semble favoriser une plus grande implication du parent non détenteur de cette dernière, en général le père, dans l'éducation de l'enfant. Le rôle paternel prend un sens différent pour lui, ce qui n'est certainement pas sans influence sur l'ajustement de l'enfant.

Les problèmes liés au partage des responsabilités parentales après le divorce ne doivent pas être sous-estimés. Si les parents qui ont choisi ce mode de garde se montrent plus satisfaits que ceux à qui il a été imposé, dans les deux cas cependant, on retrouve des difficultés au niveau des transitions, de l'organisation logistique, du stress de l'enfant lié au changement et à l'ajustement à deux environnements, des dépenses liées à l'entretien de deux ménages, et de la nécessité de maintenir une proximité géographique. Les parents ne sont pas toujours satisfaits des arrangements financiers entre eux; de plus, la jalousie et la compétition à propos des enfants ne disparaissent pas forcément en cas d'autorité parentale et/ou de garde conjointe. Les parents qui pratiquent la garde alternée évoquent le même type de contraintes, mais les considèrent de moindre importance par rapport aux intérêts de cette pratique. De fait, selon la revue de littérature de Felner et Terre (1987), en cas de conflit entre les parents, la garde conjointe qui implique de nombreux contacts entre eux a plutôt tendance à l'exacerber qu'à le réduire. « L'idée que les parents doivent être capables de mettre de côté leurs propres différends pour rester tous deux impliqués dans l'éducation de l'enfant reste un idéal louable, mais malheureusement irréaliste pour beaucoup de familles » .

Un des arguments régulièrement avancés en faveur de la solution de la garde conjointe est qu'elle diminuerait le pourcentage de nouveaux litiges concernant l'attribution de la garde et de l'autorité parentale . Cependant, les études sur ce sujet ne démontrent pas que cette pratique diminue le taux de litiges post-divorce, en particulier lorsque cette solution n'a pas été proposée par les parents, mais imposée par le juge.

-
1. Felner, & Terre, 1987, p. 141.
 2. C'est-à-dire l'introduction de demande en modification du jugement de divorce concernant l'attribution des droits parentaux.

3.1.3.4 L'autorité parentale conjointe

L'enfant ayant besoin de ses deux parents, l'autorité parentale conjointe, en tant que principe, semble toujours souhaitable. Par rapport à son couplage avec l'un ou l'autre statut de garde, il apparaît cependant fondamental de différencier

le partage de la responsabilité légale de celui de la responsabilité physique. Ainsi le temps doit-il être aménagé de façon raisonnable, et non par une répartition pointilleuse qui ne correspond ni aux possibilités des parents, ni aux besoins de l'enfant .

3.1.3.5 En conclusion

La revue de la littérature ne démontre pas la supériorité d'un type de garde par rapport aux autres. Si le présupposé de Goldstein, Freud, et Solnit (1980) selon lequel la relation de l'enfant au parent psychologique risque d'être perturbée par l'implication conjointe du parent non gardien n'est pas confirmé, la garde conjointe n'apparaît pas non plus être la meilleure alternative pour tous les enfants. Les enfants vivant dans des familles pratiquant la garde conjointe ne présentent pas forcément un ajustement supérieur par rapport à ceux vivant dans des familles où la garde est attribuée à un seul parent. Cet argument reste vrai même dans les meilleures conditions, c'est-à-dire même lorsque les parents ont choisi volontairement cette solution et étaient en accord avec sa philosophie.

Il ne faut pas dire que la garde conjointe ne doit pas être une option mise à disposition, mais la manière dont les tribunaux la rendent disponibles doit être prudente et circonspecte. [...] la coopération parentale, la motivation mutuelle pour la garde conjointe, plus généralement une relation positive entre les parents, et une stabilité émotionnelle des deux parents, toutes sont requises pour qu'une garde partagée aille dans l'intérêt supérieur de l'enfant .

Quel que soit le statut de la garde, l'existence d'un conflit entre les parents dans les domaines qui concernent l'enfant constitue la variable qui, en elle-même et en interaction avec d'autres variables, est de manière consistante associée à des problèmes d'ajustement chez l'enfant, du stress, ainsi qu'à un sentiment de mal-être chez les parents, en particulier chez les mères. Or, on l'a vu, leur moindre disponibilité émotionnelle a également un effet négatif sur la manière dont l'enfant peut faire face à la situation de divorce.

Au vu de ces données, il apparaît que toute démarche visant à réduire le conflit entre les parents par rapport à l'éducation de l'enfant plutôt qu'à l'aggraver devrait être favorisée en tant que solution la moins préjudiciable à l'enfant. Cet argument plaide en faveur de la médiation familiale, qui

1. Poussin, 1993, p. 233.
2. Felner, & Terre, 1987, p. 142.

visé à trouver un accord entre les conjoints quant à l'organisation de leurs relations après le divorce. Cependant, comme le soulignent différents auteurs, il apparaît illusoire dans certaines situations, voire extrêmement naïf si ce n'est extrêmement préjudiciable, d'imaginer que le couple va pouvoir « dépasser la crise du divorce », et aboutir à « une vision plus rationnelle de ce conflit, débarrassée de ses scories affectives » afin que « des solutions (puissent être) envisagées dans le respect de l'autre et de ses besoins fondamentaux » sans prendre en compte l'ensemble de l'histoire conjugale. Par exemple, si celle-ci est empreinte de violence conjugale, ou s'inscrit dans une relation de pouvoir asymétrique, ou si l'un des conjoints maltraite psychologiquement, physiquement ou sexuellement un enfant, l'accord entre les deux parents risque de n'être qu'un pseudo-accord, basé sur la peur de l'un à l'égard de l'autre, et risque d'être préjudiciable non seulement aux parents mais aussi au bien-être de l'enfant.

Ainsi, du point de vue de l'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale conjointe en tant que principe devrait être respectée, sauf en présence d'attitudes nocives à l'équilibre et au développement de l'enfant. Par rapport à l'ajustement de l'enfant, aucun statut de garde n'est clairement supérieur aux autres; par contre, les conditions dans lesquelles la garde s'exerce sont associées à l'adaptation de l'enfant : moins il y a de conflits relatifs aux domaines concernant l'enfant entre les parents, plus l'environnement est stable, moins il y a de changements entourant la séparation des parents et plus le parent gardien est émotionnellement stable, moins l'enfant présentera de problèmes d'ajustement. Il convient donc d'attribuer la garde en fonction des besoins de l'enfant et des possibilités des parents, plutôt que de vouloir absolument favoriser un partage égal de la responsabilité de la garde physique de l'enfant entre les parents.

3.2 Le point de vue de l'enfant sur la séparation

Bien que peu étudié et rarement pris en compte dans les études portant sur l'ajustement de l'enfant, le point de vue de l'enfant sur sa situation joue certainement un rôle dans son adaptation à la situation de divorce.

-
1. Voir entre autres Felner, & Terre, 1987, Poussin, 1993.
 2. Poussin, 1993, p. 233.
 3. Entre autres, situations actives de négligences, maltraitements et abus sexuels envers les enfants ou lorsque le comportement pathologique d'un parent (pas forcément reconnu comme souffrant de maladie mentale) apparaît destructurant pour l'enfant.

En effet, lorsqu'une situation fictive de séparation parentale est proposée à des enfants âgés de cinq à six ans et qu'on leur demande d'imaginer l'origine possible de celle-ci, tous les enfants qui vivent dans des familles « intactes » avec leurs deux parents donnent des réponses montrant qu'ils se sentent impliqués comme acteurs, et non comme témoins ou victimes, de la séparation parentale. « Les interprétations diffèrent et vont de l'idée qu'il a commis une faute particulière à celle d'un rejet parental lié à sa personnalité ». S'il est vrai que le raisonnement des enfants de cet âge repose sur une base égocentrique, ces données soulignent que l'enfant non confronté au divorce de ses parents s'attribuerait tout ou partie de la responsabilité et interpréterait la séparation comme une marque de désintérêt à son égard, voire comme une punition à son comportement ou à ses pensées. Qu'en est-il lorsque la séparation se passe réellement ?

De fait, très peu d'études se sont intéressées directement au point de vue de l'enfant sur la séparation des parents, sur le statut de la garde ou sur les droits de visite. Elles ont cependant pu mettre en évidence que les enfants ont un point de vue propre sur le divorce tant au moment de la séparation que quelques années plus tard : leurs observations, réflexions et sentiments diffèrent souvent de ceux de leurs parents.

Parmi les études portant sur le vécu et les perceptions d'enfants confrontés au divorce, celle de Wallerstein et Kelly (1989) occupe une place de première importance, et c'est pourquoi elle est abondamment présentée par la suite. Quoique basés sur un échantillon relativement restreint (131 enfants issus de 61 familles non cliniques confrontées au divorce) et donc non généralisables à outrance, les résultats de cette étude permettent de comprendre le processus de divorce du point de vue de l'enfant. Ils mettent également en évidence la complexité de l'interaction des différents facteurs influençant l'ajustement de l'enfant, déjà discutés ci-dessus.

3.2.1 Le point de vue de l'enfant sur le divorce au moment de la séparation²

Afin de donner un aperçu global du vécu de la majorité des enfants face à la séparation et aux changements qu'elle implique à court et moyen termes, les résultats de l'étude de Wallerstein et Kelly sont d'abord présentés sans grande précision par rapport à l'âge et au stade de développement des enfants. Ils sont par la suite pondérés selon quatre grands stades retenus par les auteurs de l'étude : les enfants d'âge préscolaire (de trois à cinq ans), les enfants du début du primaire (de 6 à 8 ans), les enfants de la fin du primaire (de 9 à 12 ans), les adolescents (de 13 à 18 ans).

-
1. Étude de Capron & Duyme, 1983, présentée par Poussin, 1993, p. 222.
 2. Sans précisions, les données de ce chapitre font référence à l'étude de Wallerstein et Kelley (1989).

Pour tous les enfants et les adolescents suivis, la séparation et ses suites représentent la période la plus stressante du processus de divorce. La séparation provoque pour quasiment tous un choc aigu, l'impression que leur existence entière s'écroule, des peurs intenses et du chagrin. Durant cette phase, la disponibilité restreinte des parents à l'égard des enfants et de leurs besoins dans cette période renforce le stress inhérent à la séparation des parents, à la manière dont elle a été annoncée, et aux changements qu'elle provoque.

3.2.1.1 Les sentiments liés à la séparation des parents

Dans la perspective de l'enfant, la séparation physique des parents apparaît comme l'événement central. Pour lui, le divorce signifie qu'il ne va plus vivre au quotidien avec ses deux parents.

Quelle que soit la force du déni de l'enfant, la séparation physique des parents l'oblige à réviser sa perception de ses parents en tant qu'unité et à se confronter à l'évidence de la cassure familiale. Ses efforts pour faire face au divorce commencent à ce moment-là.

L'adulte voit dans la séparation un remède à son mariage malheureux et s'attend à ce que l'enfant partage son soulagement, alors que la première réaction des enfants n'est pas gouvernée par une compréhension rationnelle des facteurs ayant conduit à la décision. L'inquiétude quant à leur devenir et avenir personnels fait que « quels que soient ses défauts à ce moment-là, la famille est perçue comme ayant procuré le soutien et la protection dont ils ont besoin ». Cette divergence éloigne parents et enfant au moment où l'enfant a le plus besoin de ses parents, et à un moment où généralement les parents souhaitent s'assurer que leur décision ne heurte pas l'enfant.

Lorsqu'on interroge les enfants a posteriori, on ne retrouve pas ces sentiments. Quarante enfants âgés de 7 à 18 ans, ayant vécu la séparation de leurs parents au minimum quatre ans avant leur interview, décrivent tous la séparation comme un soulagement, malgré la détresse qu'elle a engendrée. Parmi eux, la majorité avait été exposée aux conflits ouverts des parents depuis plusieurs années, et quelques-uns à de la violence.

Cela signifie qu'au moment de la séparation, l'enfant a tendance à interpréter celle-ci surtout en fonction de ses inquiétudes et de son sentiment de perte et qu'il arrive presque à « oublier » les difficultés qui l'ont précédée comme les disputes des parents.

-
1. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 61.
 2. Neugebauer, 1989.

3.2.1.2 *Ce que les enfants savent du divorce*

Les enfants ne pressentent pas toujours la dissolution du couple parental. Cette recherche a mis en évidence un élément important : même lorsque les enfants avaient connaissance des tensions conjugales, cela ne semble pas les préparer psychologiquement au divorce, ni atténuer leur détresse au moment de la séparation. Les auteurs font l'hypothèse que si même des années d'attente ne diminuent pas les réactions des enfants à la séparation, c'est peut-être parce les adultes ont de la peine à discuter avec eux de leur décision, avant que celle-ci prenne place dans la réalité. Dans l'échantillon suivi, 4/5 des enfants préscolaires n'avaient pas été mis au courant et constataient un matin en se réveillant l'absence d'un des parents!

Plus de quatre ans après la séparation, 2/3 des enfants interrogés par Neugebauer (1989) n'avaient encore jamais été directement informés des raisons du divorce de leurs parents. Lorsque cela s'est passé, moins d'1/3 des enfants avaient été avertis à l'avance de la séparation et du divorce. Les enfants ont le plus souvent réalisé ce qu'il se passait au moment où le père était prêt à quitter la maison, ou lorsqu'eux-mêmes déménageaient avec leur mère! De plus, dans beaucoup de cas, le parent non gardien s'en va durant la nuit, ou lorsque les enfants sont à l'école.

3.2.1.3 *L'annonce aux enfants*

Dans une période où ils sont eux-mêmes en détresse, la plupart des parents ne sachant ni comment ni quand annoncer leur décision de se séparer aux enfants et ayant peur de les rendre malheureux, angoissés ou en colère, ne communiquent pas aux enfants leur décision. Bien que souvent confrontés à des parents inquiets ou en pleurs, les enfants n'osent pas, de peur d'augmenter le fardeau des parents, les questionner et attendent que ceux-ci prennent l'initiative d'une discussion.

Lorsque les parents annoncent enfin leur décision, cela est bref et dénué d'explications concernant les raisons du divorce et les répercussions sur la vie des enfants (mesures prises pour les droits de visite, lieu de vie, détails organisationnels de la vie quotidienne, etc.). Les parents sont alors souvent étonnés et désarmés par l'intensité des réactions de leurs enfants.

Aucun des parents ne reconnaissait que le « dire aux enfants » n'était pas une simple déclaration, mais devrait en principe déclencher un processus progressif, qui les aiderait à comprendre et à intégrer les modifications importantes de leur vie. Cette inaptitude à aider les enfants en un tel moment contribuait indéniablement à l'intensité de leur réaction et notamment à leur appréhension .

1. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 67.

Dans son étude, Neugebauer (1989) fait le même type de constatation. Il souligne l'impact négatif d'une non-communication explicite avec les enfants qui ne se sentent alors pas autorisés à parler de leurs propres sentiments, pensées ou souhaits par rapport à la situation de divorce :

La nature sensible de la question du divorce et la répugnance des parents à parler du divorce avec leurs enfants inhibent ceux-ci à dévoiler leurs pensées, leurs sentiments et leurs désirs à propos de la situation problématique. Par essence, la plupart des enfants y font face seuls. Ils ne révèlent leurs expériences, leurs pensées et leurs sentiments à personne. Seule une plus grande communication avec les parents peut remédier à cet état de choses .

3.2.1.4 La réaction immédiate des enfants

Dans l'échantillon observé, moins de 10 % des enfants accueillent la décision avec joie ou soulagement. Le soulagement est surtout le cas d'adolescents ayant vécu dans des familles violentes.

Le plus souvent les enfants réagissent à la nouvelle par la crainte ou la colère. 3/4 s'opposent à la séparation, demandant aux parents de revenir sur leur décision. Beaucoup pleurent ; certains sont pris de panique, d'autres paraissent comme frappés de stupeur ou d'abord indifférents à la nouvelle.

Les plus jeunes ne croient pas ce qu'on leur dit ; le fait de le dire qu'une seule fois facilite leur déni.

3.2.1.5 Capacité amoindrie des parents

Durant les mois qui suivent la séparation, l'attention des parents, qui se replie sur eux-mêmes, diminue à l'égard de leurs enfants. Cela aggrave les chagrins de ces derniers qui doivent affronter les tensions et les peines du divorce pratiquement sans l'aide de leurs parents.

La gestion du stress du divorce par l'enfant est compliquée par le fait que la source de ce stress est d'origine intra-familiale, venant d'un ou des deux parents. Pour des stress extérieurs à la famille, souvent la présence rassurante d'un des parents suffit à rassurer l'enfant. Dans le cas du divorce, de manière paradoxale, le bouleversement de la vie est provoqué par le parent, qui est pour un temps relativement insensible aux besoins de l'enfant.

Les enfants de quatre ans et plus interrogés quatre ans après le divorce par Neugebauer (1989) rapportent qu'au moment de la séparation, ils se sentaient déprimés et passaient beaucoup de temps à pleurer seuls dans leur chambre. Les plus petits se rappellent qu'ils mouillaient leur lit et les plus grands qu'ils avaient des problèmes de comportements et quelques-uns des difficultés à se concentrer à l'école. Les commentaires de certains

1. Neugebauer, 1989, p. 160.

montrent que les parents sont peu disponibles et peu attentifs au bien-être de leurs enfants, déjà avant la séparation : « C'était bien jusqu'à ce qu'ils commencent à se disputer, et ils se disputaient beaucoup. Une fois, Sarah et moi avons pris des couteaux et dit que nous allions nous tuer s'ils n'arrêtaient pas de se quereller » .

3.2.1.6 *Vers qui se tournent les enfants*

Étant donné la difficulté des parents à comprendre ce qu'éprouvent et pensent les enfants dans cette période, il n'est guère étonnant que les besoins de soutien des enfants par leurs parents dans cette période sont largement insatisfaits. Plus de la moitié des enfants de cette étude trouvent leur père totalement insensible à leur détresse et seuls 10 % le perçoivent comme sensible et compréhensif. Les mères sont perçues comme plus efficaces et sensibles aux besoins de leurs enfants, même si plus d'1/3 des enfants jugent leur mère absolument inconsciente de leur détresse, 15 % seulement la trouvent très sensible et à l'écoute de leurs préoccupations.

Dans l'ensemble, une plus grande préoccupation est accordée aux enfants les plus jeunes. Ceux de plus de neuf ans ont une conscience exacerbée des défaillances parentales et se sentent négligés et lésés. Souvent de façon soudaine et peu compréhensible aux yeux des enfants, les mères étaient moins disponibles, car devaient aller travailler. Les visites du parent gardien sont souvent moins fréquentes juste après la séparation que plus tard.

À cette période, on observe une irritabilité accrue chez les enfants, ce qui augmente la distance avec les parents : 2/3 se montrent plus difficiles, plus susceptibles, capricieux et indisciplinés. La colère se manifeste surtout chez les grands, alors que les plus petits s'accrochent beaucoup aux parents, de peur d'être abandonnés.

L'étude de Neugebauer met en évidence que la fratrie peut jouer un rôle important de soutien durant les moments de conflits entre les parents, même si les enfants n'abordent pas ouvertement le sujet entre eux. Cependant, ce n'est pas toujours le cas. Dans certaines familles, le conflit entre les parents semble « contaminer » les relations entre enfants, qui se bagarrent alors beaucoup entre eux.

Remarquons que d'un point de vue systémique, cette stratégie arrive parfois à détourner les parents de leurs conflits; malheureusement, bien souvent les parents sans se rendre compte de la détresse de leurs enfants, les enjoignent de cesser leur bagarre, voire les punissent, sans pour autant leur prêter une réelle attention.

1. Bobby, 10 ans, cité par Neugebauer, 1989, p. 157.

3.2.1.7 Les représentations que les enfants ont du divorce

Dans la perspective de l'enfant, le divorce apparaît le plus souvent comme un événement effrayant, comme un moment de tristesse et de manque, d'inquiétude, de rejet, de solitude, de colère, comme un moment où l'enfant se trouve dans un conflit de loyautés, et où il expérimente la culpabilité. Ces divers sentiments sont résumés dans les représentations qui suivent :

- a. *Le divorce est effrayant* : tous les enfants ont un sentiment plus aigu de leur propre vulnérabilité et expriment différentes peurs par rapport à leur avenir, dont ils ont une vision confuse. La dissolution du lien conjugal les amène à conclure que le lien parent-enfant est également fragile. La peur de l'abandon commune à tous les enfants en période de stress intense se trouve au premier plan dans le divorce de par la configuration particulière que prend le stress à cette période : en effet, le stress est provoqué par le(s) parent(s) qui est/sont les éléments rassurants dans d'autres situations de stress.
- b. *Le divorce est un moment de tristesse et de manque* : le grand sentiment de perte éprouvé par les enfants à cette période peut se traduire par divers symptômes dépressifs (troubles du sommeil, agitation, difficultés de concentration, profonds soupirs, sentiments de vide, inhibition du jeu, suralimentation compulsive, diverses plaintes somatiques) et par des fantasmes de réconciliation. Ces espoirs de réconciliation des parents sont les plus forts au moment de la séparation et occupent l'imaginaire de plus de la moitié des enfants. Certains s'efforcent de la provoquer dans la réalité.
- c. *Le divorce est un moment d'inquiétude* : le sentiment de vulnérabilité des enfants est proportionnel à ce qu'ils perçoivent de la détresse parentale qui l'amplifie encore. Ils s'inquiètent pour les deux parents, en particulier pour la santé et le bien-être du parent gardien dont ils se savent dépendants. Ils prennent conscience des changements dans les réalités économiques et sociales de leur vie.
- d. *Le divorce est un moment où l'enfant se sent rejeté* : dans la perspective de l'enfant, le fait qu'un parent quitte la maison est perçu comme un signe de moindre intérêt à son égard. Les garçons de six à douze ans semblent les plus touchés par le départ du père qu'ils vivent comme un rejet.
- e. *Le divorce est un moment de solitude* : l'expérience de la solitude profonde est moins marquée chez les adolescents qui trouvent souvent du soutien à l'extérieur de la famille que chez les enfants et certains adolescents, auparavant mal adaptés. La solitude vécue est souvent mêlée au sentiment de rejet et à la nostalgie éprouvée pour l'ancienne famille intacte ou le parent absent.

- f. *Le divorce est un moment de conflits de loyautés* : dans la perspective de l'enfant, le conflit conjugal est conceptualisé comme une lutte entre des adversaires exigeant chacun une loyauté prioritaire, et où tout pas dans la direction de l'un est vécu comme une trahison qui risque de provoquer un surplus de colère et de rejet. Ce débat accentue leur conflit intérieur et leur tristesse; réfrénant toute initiative, certains ont l'impression de n'avoir personne vers qui se tourner en quête de réconfort ou de soins. Leur conflit de loyautés les place solitaires au milieu de l'affrontement conjugal. Certains se jettent dans la bataille en se faisant l'allié d'un parent contre l'autre. Il faut ajouter que 2/3 des parents de l'étude exacerbent eux-mêmes le conflit en rivalisant ouvertement pour obtenir l'amour et l'allégeance des enfants.
- g. *Le divorce est un moment de colère* : l'agressivité (crises de colère, irascibilité, violence verbale, coups, etc.) augmente tant chez les enfants que chez les adolescents. La colère est complexe. D'une part, les enfants ont pu déduire des querelles entre parents que l'expression ouverte de l'agressivité est autorisée. D'autre part, dans la perspective de l'enfant, le divorce est considéré comme un acte égoïste de la part des parents, qui prennent avant tout en compte leurs propres besoins, et que les leurs passent après. Certains expriment du ressentiment à l'égard de ce qu'ils estiment être une conduite immorale et inappropriée d'un des parents.
- h. *La question de la culpabilité* : tous les enfants ne se sentent pas responsables du divorce des parents; cette attitude est surtout présente chez les enfants d'âge préscolaire. Le vif désir de réunion ne traduit pas nécessairement le souhait de racheter des torts dont ils s'accusent. De même, ils ont parfois l'impression d'avoir contribué aux tensions familiales, mais ne s'accusent pas pour autant de la rupture. Les enfants ont souvent des perceptions très claires et réalistes des causes de l'échec conjugal.

Les représentations que les enfants ont du divorce, ainsi que ce qu'ils disent de leur vécu à cette période — si on leur offre un espace d'écoute — montrent combien pour la majorité d'entre eux il est difficile de vivre la séparation des parents. On peut dès lors s'étonner que dans le cadre des évaluations de situation familiale pratiquées lors de la procédure de divorce, certains intervenants répugnent à offrir à l'enfant un soutien même ponctuel sous la forme d'une écoute de son propre vécu. L'enfant risque ainsi de n'être considéré que sous un angle partiel, celui d'objet à protéger, mais nullement comme sujet ayant par rapport à la situation qu'il vit des besoins et des désirs propres, sur lesquels il conviendrait au minimum d'écouter son ressenti et son avis.

Au-delà de ces grandes lignes, l'étude de Wallerstein et Kelly montre que l'âge de l'enfant, et son développement psychologique, induisent des

variations dans le schéma et le contenu de la réaction initiale : dans sa perception du divorce, ses réflexions, ses sentiments relatifs au couple et au parent absent, sa façon de comprendre les événements passés et à venir, ses craintes et ses inquiétudes. Ces deux facteurs d'âge et de développement influencent également la manière dont l'enfant gère son angoisse. Par contre, l'intensité de la réponse initiale, qui varie considérablement d'un enfant à l'autre, dépend de facteurs individuels, comme le tempérament et le fonctionnement psychologique individuel, ainsi que du style de fonctionnement familial (en particulier, par rapport à la gestion des émotions).

Curieusement, plusieurs facteurs de la vie familiale, comme la relation parent-enfant avant la séparation ou l'intensité des disputes familiales ou encore la violence conjugale, n'ont dans cette étude apparemment pas d'influence sur la réaction initiale de colère ou de détresse de l'enfant.

3.2.1.8 La réaction des enfants d'âge préscolaire (de trois à cinq ans)

Les enfants de cet âge semblent les plus vulnérables au moment de la séparation .

Effrayés, désemparés, profondément tristes, les enfants de cet âge manifestent des symptômes de régression avec notamment des reculs dans l'apprentissage, un agrippement aux parents lors de toute séparation routinière. Les enfants les plus effrayés et régressés sont ceux qui ont reçu le moins d'explications par rapport à la séparation. Leur capacité limitée à percevoir des événements restés confus les conduit à construire des explications fantasmatiques et infantiles, parfois d'ordre macabres, souvent sources d'angoisse, au départ d'un parent. Se sentant rejeté par le parent parti, les petits pensent qu'il est allé chercher une nouvelle famille. Pour renverser l'insupportable sentiment de rejet et de n'avoir pas été suffisamment aimé(e)s, les filles plus que les garçons fantasment le retour du père, jusqu'à parfois nier son absence. Tous les enfants de cet âge ont des images de famille réunie.

La moitié des enfants démontre une augmentation de leur agressivité, alors que d'autres manifestent au contraire une inhibition massive de leur propre agressivité et ressentent parfois une peur aiguë d'être attaqué.

De plus, ce sont les enfants de cette tranche d'âge qui font le plus d'auto-accusation et s'y accrochent tenacement malgré les explications des parents ou des éducateurs.

Ces enfants demandent beaucoup d'affection et de contact physique, même à des inconnus.

-
1. Cette impression relève de la forme de leurs réactions et ne signifie pas pour autant que les enfants de cette tranche d'âge sont les plus vulnérables à long terme, et s'ajusteront le moins bien au divorce.

3.2.1.9 La réaction des enfants du début du primaire (de six à huit ans)

Les réactions des enfants de cette tranche d'âge diffèrent de celles des plus jeunes. Les acquisitions intellectuelles et affectives leur permettent de mieux comprendre la signification du divorce, et les conséquences qui en découlent pour eux. Bien que leur conception de la temporalité reste encore enfantine, elle est suffisamment élaborée pour faire la « différence entre l'avenir immédiat et le long terme, de saisir globalement la durée d'une semaine et, plus spécifiquement d'estimer la période séparant deux visites ». Leur capacité à saisir les relations de cause à effet dans les relations humaines reste limitée; ils ne peuvent encore comprendre que les besoins des parents peuvent être différents des leurs. De par leur tranche d'âge, ils se trouvent en pleine transition affective et intellectuelle entre le monde de l'école et celui de la famille. La rupture familiale accentue leurs préoccupations.

Sur le plan affectif, les enfants de six à huit ans ressentent une tristesse profonde, contre laquelle ils essaient de lutter. Cependant, l'impact de la séparation semble si fort que les mécanismes de défense qu'ils utilisent habituellement pour faire face aux diverses séparations ne résistent pas à un tel stress.

On retrouve également dans ce groupe d'âge une grande nostalgie pour le parent absent qui manque comme s'il était décédé. De plus, les enfants se sentent abandonnés et rejetés par lui.

Il nous parut clair, en rapprochant la tristesse et le désespoir de ces enfants de l'intensité presque physique avec laquelle ils regrettaient le père, que s'exprimaient des besoins psychologiques intérieurs d'une grande puissance. La séparation, à cet âge crucial, menace de briser le processus d'identification à celui-ci. En outre, le risque de régression peut être particulièrement effrayant notamment pour les petits garçons dont les conflits œdipiens viennent de se résoudre et qui ressentent à présent l'angoisse de se trouver seuls face à la mère, sans la présence rassurante et contraignante du père .

Parallèlement à cette immense nostalgie, peu d'enfants de cet âge expriment de la colère envers leur père (qui est dans cet échantillon le parent absent), alors qu'ils se montrent agressifs envers leur mère, qu'il tienne pour responsable d'avoir provoqué le divorce ou fait fuir le père.

Les enfants de cet âge se sentent parfois responsables du divorce de leurs parents, mais ce sentiment de responsabilité n'est plus prédominant chez eux. Par contre, les fantasmes de réconciliation sont tenaces, et persistent parfois même après le(s) remariage(s) du / des parent(s).

Les enfants sont suffisamment grands pour être enrôlés activement par l'un ou l'autre des parents dans le conflit de couple, voire soumis à des

1. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 100.
2. Ibid., p. 104.

pressions intenses de la part d'un des parents pour rejeter l'autre. Les enfants de cet âge semblent cependant n'avoir aucun moyen d'éviter la douleur d'être déchirés et sont tiraillés des deux côtés par leur amour et leur loyauté, et cela même si les parents ne les poussent pas à choisir un des deux camps. Si on leur demande un tel choix, ils apparaissent être incapables de le faire, et conservent alors « leur loyauté envers les deux, en secret fréquemment, et souvent au prix d'une souffrance psychologique considérable » .

3.2.1.10 La réaction des enfants de la fin du primaire (de neuf à douze ans)

L'étude de Wallerstein et Kelly a mis en évidence qu'il semble exister un tournant important entre la huitième et la neuvième année d'un enfant en ce qui concerne sa position vis-à-vis de ses parents et son besoin de la famille. Les enfants de cette tranche d'âge sont au bénéfice de nouvelles compétences pour faire face au divorce de leurs parents : ils apparaissent plus calmes et plus posés que les plus jeunes, perçoivent très clairement les réalités de la rupture familiale et tentent de lutter activement pour maîtriser les multiples craintes et émotions conflictuelles qui les envahissent et donner une certaine cohérence et continuité au désordre qu'ils vivent. Progressivement cependant, on s'aperçoit qu'il s'agit d'une « stratification » des réactions et que les moyens à disposition de cette tranche d'âge pour faire face aux profonds sentiments de perte, de rejet, d'impuissance, de solitude et de peur restent limités : tenter de comprendre, ou refuser de croire à la rupture conjugale en affichant courage ou bravade, ou en faisant appel à l'aide des autres, ou en restant toujours en mouvement, ou en s'efforçant consciemment de ne pas penser au divorce. Certains enfants ont honte du divorce de leurs parents et s'efforcent de dissimuler à l'extérieur ce qu'il se passe chez eux.

Contrairement aux plus jeunes qui sont terrassés par le chagrin, les enfants de neuf à douze ans essaient de surmonter leurs sentiments d'impuissance et de contrer la séparation par l'action, le refuge dans diverses activités à la frontière du jeu et de la réalité.

Les jeunes de cette tranche d'âge se distinguent sur le plan affectif des plus jeunes par une colère intense et pleinement consciente. Son rôle est d'effacer les douleurs plus profondes. Les enfants peuvent être en colère contre l'un ou l'autre des parents — en général contre celui qu'ils tiennent pour responsable du divorce — ou contre les deux.

Du point de vue développemental, la construction de l'identité dans le présent et dans le futur est ébranlée par la perte des repères habituels, notamment par le changement de structure familiale.

1. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 107.

Des symptômes somatiques de différents types et de diverses gravités peuvent être présents; ils sont souvent exacerbés par les conflits parentaux et les visites chez le parent non gardien .

La relation parents-enfants change à cet âge : les enfants peuvent partager la colère d'un des parents contre l'autre et sont souvent des alliés dans la lutte visant à blesser l'autre. La vulnérabilité particulière des pré-adolescents les rend plus susceptibles de s'aligner à l'un des parents contre l'autre; ils font ainsi face au divorce.

(Cette attitude leur) permet d'atténuer les réponses symptomatiques communes chez ces enfants, d'écartier la solitude, la tristesse et une dépression plus grave. Galvanisés, ils s'engagent dans une activité qui les exalte; ils parlent avec une autorité nouvelle, la voix haute; ils reçoivent la permission d'exprimer l'hostilité, de commettre des actes malveillants; et ils vivent une proximité pleine de satisfaction diverse avec l'un des parents. L'alignement leur permet de trancher, dans la relation ambivalente aux deux parents, entre un bon parent, simple et clair, et un mauvais. [...] Le bon parent est idéalisé comme totalement vertueux et puissant et le mauvais devient commodément le réceptacle du péché, conçu de façon rigide. Ces jeunes prennent plaisir non seulement à leur sentiment de justice et à la permission reçue du "bon" parent d'infliger à l'autre une punition, mais ils jouissent aussi du sentiment d'un pouvoir accru et de la capacité à humilier l'adulte vulnérable .

3.2.1.11 La réaction des adolescents (de treize à dix-huit ans)

Lorsque le divorce des parents a lieu pendant l'adolescence de leurs enfants, ceux-ci ont le sentiment que les parents les quittent au moment où eux-mêmes devraient le faire. Ils se demandent s'ils vont continuer à avoir des relations avec les deux parents et semblent très angoissés par la rupture conjugale.

La réaction des adolescents au divorce apparaît mêlée de façon étroite aux tâches développementales auxquelles ils doivent faire face, notamment au progressif désengagement psychologique des parents et à leur désidéalisation. Or, la rupture de la structure familiale par le divorce provoque un tel changement de manière brutale sans respect de leur mouvement propre; la famille n'est donc plus pour les adolescents une base de sécurité sur laquelle s'appuyer pour s'aventurer vers l'indépendance. Les parents sont souvent plus préoccupés par leurs propres besoins

1. Pour F. Dolto (1988), il serait erroné d'interpréter ces symptômes comme un refus de l'enfant de voir l'autre parent; ils sont liés à la situation elle-même et à l'émotion de voir le parent qu'il ne voit pas habituellement. « Ces symptômes psychosomatiques ne sont jamais un mauvais signe. Ils sont un langage à décrypter et à faire comprendre à l'enfant dont le corps exprime ce que la parole ne peut pas dire. [...] Ce phénomène n'est pas dû à la personne de chacun mais à une situation » (p. 52-53).
2. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 119.

que par ceux des adolescents. Certains adolescents se sentent poussés trop rapidement vers l'indépendance, alors qu'au contraire on note un arrêt brutal du développement chez d'autres. Le divorce entrave aussi souvent le maintien de fonctions familiales capitales à cet âge, comme l'assurance de discipline et de repères. Le divorce des parents augmente les questions des adolescents relatives à leur propre sexualité.

Un sentiment de perte profonde les affecte, et ils présentent alors différents symptômes de deuils comme des sentiments de vide, des pleurs, des difficultés de concentration, une fatigue chronique et des rêves très agités. De plus, la colère apparaît comme une réaction fréquente, servant souvent à camoufler leur vulnérabilité et leur sentiment d'impuissance.

(La colère sert) également à exprimer leur rancœur contre l'un ou l'autre des parents, qui avait osé donner la priorité à ses propres désirs et besoins, négligeant ceux des enfants. [...] si quelques-uns des adolescents mesuraient fort bien les considérations sérieuses sous-tendant la décision de divorcer, la plupart, bien qu'intelligents et bien informés, concevaient leur colère à l'égard des parents et les jugeaient égoïstes et insensibles parce qu'ils s'étaient séparés à ce moment-là .

Plus de la moitié des adolescents de l'étude se sont retrouvés dans des situations de profond conflit de loyautés. Mais, après un certain temps, les adolescents arrivent mieux à s'en désengager que les plus jeunes. Il en résulte souvent alors un retrait par rapport aux deux parents, accompagné parfois de mépris, parfois de compassion et d'une « acceptation attristée du malheur prolongé des parents et de leur incapacité à résoudre leurs différends » . Cela agit parfois comme un catalyseur de leur croissance affective et intellectuelle; ils jettent alors un regard grave sur les expériences des parents et en tirent des conclusions pour leur propre avenir.

Très souvent, les adolescents sont inquiets quant à la situation financière de la famille; le divorce favorise généralement une attitude plus mûre sur ce plan.

La gestion de la distance avec les parents se fait de diverses manières : certains jeunes collaborent activement avec le parent gardien et le soutiennent, alors que d'autres se tiennent à distance de la crise familiale en sortant beaucoup. La pression exercée sur les adolescents en cas de divorce favorise la maturité de certains, alors qu'elle interfère avec le développement d'autres qui adoptent des conduites régressives. Les régressions se consolident surtout quand l'un des parents s'appuie lourdement sur l'adolescent et l'encourage consciemment ou inconsciemment à renoncer à ses propres activités et pôles d'intérêt pour qu'il lui consacre plus de temps, d'énergie et d'affection. Il ne s'agit alors pas d'une coopération entre le

-
1. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 128.
 2. Ibid., p. 129.

parent et l'adolescent, mais au contraire d'une dépendance affective intense trop lourde à assumer pour l'adolescent qui stoppe alors dans son développement. « L'acte passager ou plus durable des régressions de ce type dépendait dans une large mesure de la vulnérabilité de l'enfant à l'époque du divorce et du niveau de perturbation psychologique du parent » .

D'autres facteurs, comme la découverte d'une infidélité de l'un des parents, sont susceptibles de provoquer des régressions graves chez des adolescents qui se sentent trahis par la conduite — qu'ils jugent immorale — de leur parent. L'absence des limites externes nécessaires pour consolider et organiser la conscience et le contrôle de soi chez les adolescents conduisent certains d'entre eux à changer de comportement avec des passages à l'acte délinquants, des fugues, ou encore des dépressions aiguës. Chez d'autres adolescents encore,

la relative absence ou la diminution d'injonctions parentales, la plus grande visibilité du comportement sexuel des parents et l'irascibilité accrue à l'intérieur de la famille, provoquaient une hausse de l'activité sexuelle, chez les filles surtout, sans contrepartie dans le développement intérieur soit de la conscience, soit d'un meilleur contrôle du moi. [...] L'adolescent vivait une pseudo-adolescence, plutôt qu'une authentique expérience émancipatrice .

La situation de divorce, par ce qu'elle représente et implique du point de vue de l'adolescent, complexifie les tâches développementales de cette période à la fois riche en potentialités créatrices et développementales et en ruptures et remaniements psychiques. Si l'on en croit Winnicott la maturité trop précoce, tout comme la pseudo-autonomie comportent des risques quant au devenir des adolescents :

Tant qu'il y a croissance, la responsabilité doit être prise par les figures parentales sinon les adolescents perdent leur plus grand atout : la liberté d'avoir des idées et d'agir par impulsions. Pour le salut des adolescents, pour le salut de leur immaturité, ne favorisez pas une accession à une fausse maturité en leur transmettant une responsabilité qui ne leur incombe pas encore .

Par rapport à la participation de l'adolescent au processus de divorce, le respect du statut particulier de l'adolescent implique pour les adultes de prendre en compte son avis concernant ce qui le concerne tout en assumant en tant qu'adultes la prise de décision, ainsi que les responsabilités qui en découlent.

-
1. Wallerstein, & Kelley, 1989, p. 135.
 2. Ibid., p. 136.
 3. Winnicott, 1975, cité par Clément, 1993, p. 257.

3.2.2 Le point de vue de l'enfant sur le divorce quelques années après la séparation

Le point de vue de l'enfant sur le divorce quelques années après la séparation est abordé en référence aux données de Wallerstein et Kelly (1989) qui ont revu les enfants cinq ans après le divorce et de Neugebauer (1989) qui a interrogé 40 enfants âgés de 7 à 18 ans, ayant vécu le divorce de leurs parents au minimum quatre ans auparavant.

De manière générale, ces deux études mettent en évidence que plusieurs années après la séparation, l'évaluation que les enfants font de l'expérience du divorce repose essentiellement sur leur satisfaction avec les modalités de la garde et des droits de visite.

Wallerstein et Kelly ont constaté que la famille devient un centre d'intérêt et de réflexion pour ces enfants, dont la compréhension du processus familial et du divorce lui-même évolue depuis la séparation. En grandissant, l'enfant se montre plus capable de « considérer les besoins des deux parents et de distinguer aujourd'hui les besoins de chacun séparément des siens propres, ainsi que de comprendre la séparation avec une compassion croissante ou décroissante au fil des ans ». Ils établissent des comparaisons entre passé et présent, et sont des observateurs attentifs des relations parentales, de la fréquence et de la continuité des visites du parent non gardien, et du bien-être psychologique du parent gardien. Par rapport à l'évaluation de ces événements, les enfants qui éprouvent un sentiment de suffisance sont plus équilibrés pour affronter les événements liés au divorce que les enfants qui ressentent encore un sentiment de manque, de privation qui se traduit par une tristesse continue.

De manière assez similaire, l'étude de Neugebauer montre que plus de quatre ans après la séparation, les enfants peuvent relever que l'atmosphère de la maison s'est notablement améliorée suite à la séparation des parents. En dépit de l'absence d'un parent, certains enfants peuvent préférer la structure familiale post-divorce à la présence de deux parents malheureux faisant continuellement peser une tension sur leur quotidien.

Ainsi, plusieurs années après la séparation des parents, la « satisfaction (des enfants) dans le présent déterminait leur sentiment relatif au divorce et affectait leur vision du passé ». Alors que près de 3/4 des enfants avaient désapprouvé la séparation des parents, cinq ans après, 28 % des enfants approuvent franchement le divorce et 30 % ne sont toujours pas convaincus de son bien-fondé, et 42 % l'acceptent sans prendre position pour ou contre .

-
1. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 257.
 2. Ibid., p. 258.
 3. Ibid., p. 258.

3.2.2.1 *Ceux qui approuvent le divorce*

On trouve un taux plus haut d'approbation du divorce des parents chez les adolescents et jeunes adultes que chez les enfants plus jeunes. Leur maturité leur permet de comprendre différemment les besoins des parents, de penser que le divorce a été utile à l'un des parents au moins. Cependant, les évaluations les plus positives du divorce sont le fait d'enfants dont le contact avec les deux parents correspond à leurs besoins. Ainsi, diverses raisons plus personnelles sous-tendent l'approbation du divorce :

- Lorsque le divorce a amené une réduction des conflits entre les parents, en particulier si les enfants ont eu à craindre pour eux-mêmes ou pour l'un des parents.
- La continuation des relations avec les deux parents, autant sinon plus que durant le mariage, satisfait les enfants et contribue à leur approbation. Pour les 9-12 ans en particulier, la relation au père (parent non gardien) semble être le baromètre de leur attitude vis-à-vis du divorce.
- La relation au beau-père peut également faire préférer aux enfants la famille séparée que la famille unie, notamment quand ils ont eu une mauvaise relation avec leur père.
- Lorsque la séparation permet aux enfants d'échapper à un parent perturbé et cruel. Ils n'en tirent profit qu'« à condition que cela s'accompagne du désengagement psychologique d'une relation néfaste à la confiance en soi de l'enfant ou destructrice pour sa santé psychologique et/ou physique » .
- Certains enfants liquident leur chagrin et font face à la perte en adoptant un point de vue cynique sur les relations humaines, toutes limitées dans le temps.

3.2.2.2 *Ceux qui désapprouvent le divorce*

Les enfants désapprouvent le divorce des parents quand ils se sentent plus malheureux après le divorce qu'avant; le manque, l'appauvrissement ou l'absence des relations au père, parent non gardien, sont alors souvent invoqués. « Ils se (sentent) solitaires, tristes et rejetés par l'un des parents ou même les deux. La vulnérabilité initiale ressentie après la rupture du couple se2(prolonge) et leur impression d'être en danger ne s'(est) pas dissipée » .

Dans ce groupe, on trouve les enfants plus jeunes, et les garçons de 13 à 16 ans. Les raisons sous-tendant leur non-approbation sont les suivantes :

-
1. Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 261-2.
 2. Ibid., p. 263.

- le divorce apparaît comme un désastre lorsqu'il signifie pour l'enfant d'être laissé à la garde d'un parent sans ressources ou perturbé et conjointement être rejeté par le parent non gardien.
- Un certain nombre de garçons au seuil de l'adolescence (entre 9 et 13 ans) ont l'impression que leur virilité se trouve menacée par le fait de vivre avec leur mère et une ou plusieurs sœurs. Certains ont un contact régulier avec le père, mais ressentent cela comme insuffisant par rapport à leurs besoins.
- Lorsque le divorce ne s'accompagne pas d'une réduction du conflit entre les parents, et notamment lorsque les enfants en sont l'enjeu et servent de messagers entre les parents qui s'affrontent.

Nos parents disent le contraire l'un de l'autre. Si on fait quelque chose de mal, l'un des deux dit « tu es bien le portrait de ta mère (ou de ton père) ». Ou bien maman dit « tu fais cela exactement comme papa — c'est un de ses défauts d'ailleurs ». Cela nous fait une drôle d'impression, mais nous les aimons autant l'un que l'autre, et c'est dur à supporter. Quelquefois je voudrais qu'ils soient ensemble, comme mariés .

- Par leur désapprobation, certains enfants expriment en fait le désir d'un des parents qui refuse de considérer le divorce comme définitif. Ils peuvent alors s'accrocher à cette attente des années durant.
- Les enfants, qui vont très mal et n'ont pu faire face à leur colère, se trouvent en échec dans quasiment tous les domaines de leur vie. Ils en veulent à tous les adultes et à de nombreux camarades. Certains, qui se sentent rejetés par leur mère qui en a la garde, peuvent éprouver une colère intense contre elle, et s'engagent parfois dans des comportements autodestructeurs.

3.2.2.3 Commentaires

Les raisons invoquées par les enfants pour approuver ou désapprouver la situation de divorce montrent leur capacité à porter un jugement relativement complexe sur la situation qu'ils analysent en référence à leurs propres besoins. Dans la majorité des cas, l'opinion des enfants semble adéquate par rapport à l'ensemble de la situation et l'on peut souscrire au fait que : « les enfants ne sont pas nécessairement une cohorte définie de manière déterministe de victimes manipulées par les valeurs parentales. Malgré leur dépendance manifeste, les enfants donnent du sens à leur monde et sont capables d'interpréter les influences de leurs parents » .

Il faut cependant souligner que cette sensibilité des enfants et leur capacité à interpréter l'influence des parents ne suffisent pas toujours à les protéger dans des situations extrêmes, de l'impact négatif sur leur ajustement

-
1. Roger, cité par Wallerstein, & Kelly, 1989, p. 265.
 2. Neugebauer, 1989, p. 167.

de telles expériences. De plus, l'âge, le développement cognitif et affectif, ainsi que la personnalité de l'enfant influencent la perception du monde qui les entoure.

3.3 Le point de vue de l'enfant sur la garde et les droits de visite

3.3.1 Sur le parent gardien

Une bonne relation au parent gardien apparaît être un des facteurs fondamentaux associés à la satisfaction et à l'ajustement de l'enfant dans différents domaines (relations à l'entourage, réussite scolaire, etc.). Dans tous les cas, la relation au père (parent non gardien) reste significative pour l'enfant. C'est pourquoi l'indifférence et le dédain du parent gardien à l'égard des visites au parent non gardien consistent l'une des expériences les plus perturbantes et stressantes pour l'enfant. Elle est néanmoins relativement fréquente, puisque plus de la moitié des enfants interrogés par Neugebauer racontent que leur mère a interféré dans le droit de visite. Certains parents qui ont la garde vont jusqu'à subtiliser le courrier que le parent non gardien adresse à l'enfant; d'autres n'hésitent pas à déménager pour éloigner l'enfant du parent non gardien. Dans de tels cas, le parent gardien néglige fortement le besoin de l'enfant de rencontrer l'autre parent.

3.3.2 Sur le parent non gardien (et les droits de visite)

Par rapport à la relation au parent non gardien, de manière unanime, les enfants interrogés par Neugebauer expriment leur forte préférence pour une solution flexible dans les contacts avec le père (parent non gardien) et une non restriction de ceux-ci. Cependant, le désir de l'enfant varie en fonction de ses besoins émotionnels et de la qualité de sa relation au père. De manière générale, les plus jeunes enfants souhaitent avoir un contact plus fréquent avec leur père, alors que les adolescents expriment leur préférence pour une plus grande flexibilité dans ces contacts, afin que ces derniers puissent être planifiés en fonction de sa vie sociale. La continuité et la flexibilité dans les contacts au père satisfont les enfants qui sont assurés de la continuité de l'amour et de l'attention de leur père; de plus, ces conditions offrent les caractéristiques d'une relation naturelle et non préétablie à l'avance. À titre d'illustration, les enfants aiment pouvoir téléphoner à leur père, chaque fois qu'ils en ressentent le besoin.

Plus les enfants grandissent, plus ils peuvent prendre l'initiative du contact avec le père sans passer par l'intermédiaire de leur mère. De manière générale, les enfants plus jeunes sont moins satisfaits des arrange-

ments concernant le droit de visite, et cela d'autant plus qu'ils vivent relativement éloignés du père ou qu'ils ont peu de contacts avec lui . Plus de la moitié des enfants de l'étude de Wallerstein et Kelly se disent satisfaits des visites, cinq ans après la séparation; alors que l'autre moitié restent déçus par leur fréquence insuffisante et se demandent si leur père est négligent ou indifférent à leur égard.

Les enfants se disent moins proches de leur père quand il est non gardien que quand il est gardien, mais la réciproque n'est pas vraie pour les mères. Cependant, même quand les visites ne sont pas fréquentes et bien moins qu'idéales, les enfants considèrent encore leur père comme l'une des figures vitales dans leur vie . Alors que les plus jeunes semblent capables d'attendre très longtemps un père nourricier et aimant et de lui pardonner son manque d'attention, les plus grands (dès l'entrée dans l'adolescence) répondent à l'attitude du père par le rejet de ce dernier.

De manière intéressante, l'étude de Neugebauer souligne que les enfants ne se plaignent pas seulement du manque de flexibilité dans les contacts trop peu fréquents à leur goût, mais également de la rareté des occasions d'être seul avec le parent non gardien. Les adolescents semblent plus à même d'arranger des visites sans les membres de leur fratrie.

3.3.3 Sur la garde conjointe

Les enfants semblent globalement moins favorables que leurs parents à la solution de la garde conjointe; certains, notamment les petits, évoquent la difficulté à gérer le passage d'un parent à un autre; d'autres sont confus, anxieux et hostiles par rapport au programme et aux changements de maison, et des adolescents évaluent même ce passage continuuel d'un lieu de vie à un autre comme contraire à leurs besoins.

Cette solution ne supprime pas les difficultés liées à la gestion des loyautés aux deux parents et semble rendre la situation encore plus difficile à assumer par certains enfants : en l'absence de conflit ouvert, les enfants ont le sentiment d'être responsables de ne pas perturber les choses et que leurs parents soient heureux, « ce qui est clairement pesant pour un certain nombre de ces enfants » .

Tout comme la majorité des parents, les enfants reconnaissent qu'un des principaux intérêts de l'alternance est de pouvoir continuer à bénéficier de manière comparable des deux parents. Cependant, dans la mesure où les enfants vivent souvent cette situation comme allant de soi, ils soulignent moins cet aspect que des avantages d'ordre pratique . La plupart

-
1. Neugebauer, 1989.
 2. Voir entre autres Wallerstein, & Kelly, 1989.
 3. Steinman, 1981, p. 410, citée par Felner, & Terre, 1987, p. 131.
 4. Neyrand, 1994, p. 216.

des enfants interrogés par Neyrand vivent très bien ce mode de garde, lorsqu'il n'est pas l'occasion de perpétuer un conflit conjugal mal assumé par les parents .

3.3.4 Commentaires

Le poids relatif de l'avis de l'enfant au sein du jeu de facteurs favorisant ou, au contraire, entravant son ajustement n'est pas connu, ou de manière insuffisamment consistante. Cela ne justifie pas pour autant que le point de vue propre de l'enfant ne doive être écouté. Comme l'ont avancé divers auteurs , le principe de l'implication de l'enfant dans des choix le concernant va en lui-même dans le sens de son intérêt supérieur.

3.4 Le point de vue de l'enfant sur sa participation au processus de divorce

Aucune recherche n'a été conduite pour évaluer l'impact de la participation de l'enfant — aux décisions qui le concernent dans le divorce — sur son ajustement et son développement. De même, l'impact de sa non-participation à ce processus n'est pas étudié. De manière indirecte, ces questions peuvent être abordées d'une part sous l'angle de la notion de compétence de l'enfant à prendre des décisions dans des situations fictives de divorce et d'autre part, à travers la représentation que les enfants ont de leurs droits dans la situation de divorce.

3.4.1 La compétence de l'enfant à donner son avis sur la garde

Une vignette décrivant une situation de divorce a été présentée à 144 enfants âgés de 9 à 14 ans, non confrontés au divorce . On leur demandait de donner leur opinion quant à la garde de l'enfant, et de motiver leur choix. Leurs réponses ont été comparées à celles données par des adolescents de 18 ans et par des juges. Les résultats montrent que les enfants sont tout aussi compétents que ceux de dix-huit ans; même les enfants de 9 ans présentent la même compétence par rapport au statut de garde lui-même. Des différences développementales sont relevées dans les raisons invoquées par les enfants pour justifier leurs choix d'un statut de garde par rapport à un autre.

1. Neyrand, 1994, p. 294

2. Voir entre autres Eekelaar, 1994, Weithorn, 1983.

3. Greenberg Garrison, 1991.

3.4.2 L'avis de l'enfant concernant ses droits dans le divorce

Dans une étude internationale, dont une partie des interviews a été réalisée près de Genève, les auteurs ont demandé à l'enfant quels sont les droits qui devraient être attribués aux enfants à l'aide de douze vignettes concernant différentes situations auxquelles ils peuvent être confrontés. L'une d'entre elles présente une situation de divorce et demande à l'enfant s'il pense nécessaire qu'une loi existe pour permettre aux enfants d'exprimer leurs préférences. La formulation de la vignette était la suivante :

Les parents de Mary vont divorcer. Sa mère voudrait que Mary vive avec elle, mais son père veut aussi que Mary vive avec lui. D'après toi, est-ce qu'il devrait y avoir une règle ou une loi pour que Mary puisse décider elle-même avec qui elle veut vivre? Pourquoi?

Sur les 61 enfants interrogés, âgés de 11 à 14 ans (en moyenne 12.5 ans), et n'ayant pas été confrontés au divorce de leurs parents, seuls deux pensent que les enfants ne devraient pas choisir, arguant que la préférence pour l'un des parents n'est pas forcément le meilleur choix ou qu'il s'agit d'une décision si difficile que l'enfant ne devrait pas être le seul à décider.

Je pense que ses parents devraient décider, parce que peut-être elle préfère sa mère, mais si elle va avec sa mère, alors qu'il vaudrait mieux qu'elle aille avec son père. Je pense que ses parents devraient décider.

C'est une décision difficile, spécialement pour un enfant de choisir la bonne. Elle devrait être capable d'aider à la décision, mais elle ne devrait pas être la seule à décider.

Tous les autres enfants donnent des arguments en faveur du choix de l'enfant et trouvent juste et nécessaire qu'une loi existe à ce propos, même si certains pensent qu'il est difficile de choisir; les raisons invoquées sont variables, mais font souvent référence à des questions de préférence entre le fait de vivre chez l'un ou l'autre des parents. Voici quelques exemples :

Je pense qu'il devrait y avoir une loi. Normalement, je pense que les enfants préfèrent leur mère. Pas tous, mais la plupart d'entre eux et je pense qu'elle devrait être autorisée à choisir.

Oui, il devrait y avoir une loi, parce elle peut penser que sa mère prendrait mieux soin d'elle et ainsi peut vouloir vivre avec sa mère, mais elle peut aussi préférer l'autre parent. Mais je pense qu'elle pourrait choisir.

Je pense que ce serait mieux si elle pouvait être avec les deux. Même s'ils sont séparés, elle devrait pouvoir aller tous les deux jours en visite. J'ai quelques amis à l'école qui peuvent seulement aller le week-end voir leur père et seulement si la mère est d'accord. Je ne pense pas que c'est bien. Ils doivent pouvoir choisir librement quand ils veulent aller voir leur père ou leur mère.

1. Cherney, & Walker Perry, 1994.

Oui, je pense. On ne peut pas en réalité décider qui on préfère, mais je pense qu'on doit avoir le droit de décider. L'un peut vouloir partager la garde... un autre ne peut pas vraiment dire, parce que c'est inéquitable entre les parents, un autre peut voir les deux.

Je vais dire oui. Il devrait y avoir une telle loi. Si elle n'aime pas sa mère ou son père, cela ne va aider ni le père ni la mère, parce qu'ils vont se bagarrer tout le temps. C'est mieux qu'elle vive avec qui elle veut, qui elle préfère pour se bagarrer moins. Elle peut continuer à voir son père ou sa mère entre temps, mais je pense que c'est mieux qu'elle vive avec le parent qu'elle veut.

Même si certaines réponses sont moins élaborées que d'autres, il faut souligner que les enfants considèrent qu'une solution adaptée à leurs besoins doit être trouvée et que ceux-ci ne sont pas forcément les mêmes pour tous les enfants.

3.4.3 Commentaires

Bien que portant sur des échantillons restreints et donc non généralisables à tous les enfants du même âge, les résultats de ces deux études montrent que dès 11-12 ans, voire dès 9 ans, les enfants non confrontés au divorce pensent qu'ils devraient être autorisés à donner leur avis concernant leur garde au moment du divorce; quand on leur demande de justifier leur choix, leurs arguments sont de même nature que ceux d'adolescents de 18 ans, considérés comme compétents.

Ce que ces études ne nous disent pas :

- quels sont les arguments d'enfants plus jeunes et quelle est leur compétence dans ce domaine;
- si, au moment de la séparation qui engendre un stress chez tous les enfants selon l'étude de Wallerstein et Kelly (1989), ils peuvent actualiser leur compétence à choisir un mode de garde plutôt qu'un autre. On peut faire l'hypothèse que certains le seront plus que d'autres. Une évaluation attentive des facteurs de stress propres à chaque enfant, et leur effet sur ce dernier, ne devrait pas être négligée. Avant de faire participer l'enfant à un processus de divorce, il faudrait donc essayer de réduire ces facteurs de stress par une préparation cognitive visant à réduire leur anxiété.

De plus, des études supplémentaires devraient être conduites. On peut cependant reconnaître que les enfants, au moins à partir de 10-12 ans, mais certains plus tôt déjà, ont la compétence de prendre une décision concernant le statut de la garde. Cependant, comme il a été développé plus haut, ce qui doit être pris en compte dans une situation de divorce, c'est la place particulière que l'enfant occupe dans sa famille et les tenants du conflit de loyauté propre à chaque situation. **Dans ce sens, il apparaît souhaitable de prendre en compte les résultats de ces études pour considérer que**

L'enfant souhaite avoir le droit de donner son avis, qu'il est capable d'en donner un sur sa situation, mais que ce n'est certainement pas à lui de prendre cette décision. S'il ne convient certainement pas de demander à l'enfant, quel que soit son âge, s'il désire vivre chez son père ou chez sa mère, il est important d'évaluer avec lui ce qu'il pense des avantages et des inconvénients de chaque solution. Il s'agit également d'évaluer avec lui la nature et la qualité de sa relation avec chaque parent. Cette manière de procéder à l'avantage de renseigner le juge et les parents sur le point de vue de l'enfant sans placer ce dernier dans une position de déloyauté envers l'un ou l'autre de ses parents, voire les deux. La question du poids à accorder à ce point de vue doit ensuite être déterminée de cas en cas en fonction de l'âge de l'enfant, de sa capacité de raisonnement, ainsi que de l'ensemble des facteurs contextuels qui sont susceptibles d'influencer son ajustement.

« Idéalement, l'inclusion de mineurs compétents et consentants dans les décisions de garde devrait se retrouver dans un meilleur ajustement postdivorce et un sens élevé d'autonomie personnelle et d'efficacité » .

1. Greenberg Garrison, 1991, p. 85.

Chapitre 4

LE POINT DE VUE JURIDIQUE

Le divorce implique la séparation définitive des époux à long terme et l'attribution des droits parentaux à l'un ou l'autre des conjoints. De la célébration du mariage au jugement de divorce, les dispositions légales prévoient des droits et des devoirs concernant tous les aspects de la vie conjugale et familiale et déterminent certains aspects de la vie future des enfants.

Il est admis que l'intérêt de l'enfant constitue le critère déterminant de décision. La loi reste délibérément imprécise sur le contenu de ce critère, mais pose quelques éléments d'orientation pour guider le juge dans sa tâche. Celui-ci dispose également de moyens d'investigation qu'il utilise pour préciser le contenu du principe de l'intérêt prépondérant de l'enfant. Les évaluations sociales et les expertises psychologiques sont utilisées dans ce sens et il est question de prendre de plus en plus en compte la parole de l'enfant concernant l'attribution des droits parentaux.

Le juge peut s'appuyer sur des professionnels de diverses disciplines pour déterminer l'intérêt de l'enfant dans l'attribution des droits parentaux. L'implication des enfants dans le divorce requiert la collaboration de professionnels d'horizons différents ayant chacun leurs propres épistémologies et systèmes de valeurs, opérant dans un cadre institutionnel précis.

Dans cet ouvrage, la question du divorce est abordée uniquement sous l'angle de l'attribution des droits parentaux. Certaines dispositions sur les effets du mariage sont présentées avant d'aborder celles du divorce. De même, celles sur l'établissement et les effets de la filiation sont présentées avant d'aborder celles de l'attribution des droits parentaux en cas de divorce. Ces dispositions sont toutes tirées du Droit de la Famille (Code civil

suisse) et sont principalement étayées par des citations et des éléments contenus dans le *Traité de droit privé suisse* de Stettler (1987) ¹.

Le droit suisse du divorce est actuellement en révision. C'est pourquoi certaines dispositions proposées dans le Message du Conseil fédéral suisse (novembre 1995) concernant la révision du Code civil suisse ² figurent également dans cet ouvrage, ainsi que l'état actuel des travaux au Conseil des États. Celui-ci s'est en effet penché sur le Message du Conseil fédéral à la session d'automne 1996. Le Conseil national l'examinera vraisemblablement à la session d'automne ou d'hiver 1997.

Enfin, chaque chapitre fait l'objet de commentaires reposant sur des données psychologiques.

La situation de l'enfant de parents non mariés ainsi que tous les aspects traitant de la contribution d'entretien fixée à l'occasion d'une procédure de divorce ne sont pas abordés. De plus, soulignons que les auteurs n'ont aucune formation juridique.

4.1 La réglementation légale du divorce en Suisse

Accepté en 1907, le Code civil suisse ³ entre en vigueur en 1912. Les dispositions légales du Code civil suisse régissant tous les aspects du divorce sont contenues d'une manière générale dans le Droit de la Famille (articles 90 à 359 CC). La Première Partie traite des époux et la Deuxième Partie des parents.

Le droit suisse du divorce en vigueur date du début du siècle; il s'agit de la plus ancienne loi sur le divorce en Europe. Sur la base d'un avant-projet adopté le 27 juin 1991 et remis au Département fédéral de justice et police, le Conseil fédéral a présenté le 15 novembre 1995, un message concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation ⁴, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial). Une décision sur les modifications et les nouvelles dispositions proposées ne sera vraisemblablement rendue qu'aux alentours de l'an 2000.

-
1. Stettler, M. (1987), *Traité de droit privé suisse, Le droit suisse de la filiation*, Vol. III, tome II, 1. Fribourg : Éditions Universitaires.
 2. Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), novembre 1995.
 3. Ci-après, « CC ».
 4. Ci-après, « Projet de révision du droit du divorce » ou « Projet ».

4.1.1 La dissolution du mariage

En Suisse, une loi édictée en 1874 (qui est entrée en vigueur en 1876) sur l'état civil et le mariage étend à tous les mariages le principe de la dissolution, qui n'était accordé auparavant qu'aux mariages de confession mixte.

Le mariage n'est pas qu'un simple contrat, il a des effets d'ordre public par le rôle que tiennent le couple et la famille dans l'organisation sociale. Le divorce n'est donc pas exclu mais il doit être prononcé par une autorité judiciaire qui vérifiera les conditions légales... C'est à ce système que se rattache notre droit comme d'ailleurs la plupart des législations occidentales .

Dans le même sens, si le mariage est une volonté de deux personnes de s'unir, le divorce n'est pas reconnu comme la seule volonté de deux personnes de se désunir.

En droit suisse, le mariage n'est pas un simple contrat entre deux personnes, il s'agit d'un acte officiel en principe indissoluble. Si les époux ne veulent et ne peuvent plus partager la même vie, cette communauté devient intolérable car elle les prive d'une partie de leur liberté. Dans cette perspective, la cause du divorce ne réside donc pas dans la volonté des époux mais dans la constatation de l'échec de l'union conjugale .

Le mariage est une institution et est célébré devant un officier d'état civil; il est parfois consacré religieusement. Le contrat de mariage ne concerne que les aspects patrimoniaux (article 182 CC). La loi prévoit que ce lien conjugal ne peut se dissoudre que devant un tribunal.

Les articles 137 à 142 CC évoquent les causes du divorce, soit l'adultère, l'attentat à la vie, les sévices et les injures graves, le délit et l'atteinte à l'honneur, l'abandon, la maladie mentale et « les causes indéterminées lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable » (article 142 CC).

Si au regard de la loi, le divorce n'a été connu, pendant longtemps, que comme la sanction du comportement fautif de l'un des époux, il est considéré aujourd'hui comme le signe de l'échec de l'union conjugale, appelé par certains auteurs : le divorce-faillite. « Environ 98.6 % des divorces prononcés en 1994 sont fondés sur la cause générale de la désunion profonde » , soit sur l'article 142 CC.

Cette transformation des mentalités a conduit la majorité des législations contemporaines à renoncer peu à peu au divorce-sanction et la plupart des procès en divorce se plaignent, même en Suisse, non plus sur la base de causes déterminées impliquant une faute, mais en vertu d'une disposition légale décrivant l'échec irrémédiable de la vie commune (article 142 CC) .

-
1. Deschenaux, & Tercier, 1980, p. 86, cités par Degrange, 1985, p. 18.
 2. Degrange, 1985, p. 19.
 3. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 20.
 4. Degoumois, 1990, p. 52.

4.1.1.1 *Projet de révision du droit du divorce*

Le projet réaffirme le maintien d'un divorce judiciaire car « le caractère institutionnel du mariage continue en effet à l'emporter sur sa nature contractuelle »¹. L'échec du mariage doit continuer à être constaté par un tribunal. « Cette solution permet d'éviter un divorce précipité et d'assurer que les différents intérêts des membres de la famille, en particulier ceux des enfants mineurs, seront pris en compte de façon adéquate lors du règlement des effets du divorce »².

L'expérience montre en effet que l'époux le plus « puissant » a tendance à exploiter son conjoint, ou qu'un époux peut amener l'autre, par une « guerre d'usure », à des concessions que celui-ci regrettera bientôt et qui heurtent le sentiment d'équité. Il est notamment important que les intérêts des enfants soient examinés d'office par le juge et que celui-ci doive ratifier les conventions sur les effets du divorce.

« Même si le droit du divorce du Code civil de 1907 est fondé sur le système du divorce-faillite, des traces importantes du divorce-sanction sont encore visibles [...] »³.

Le projet argumente contre le système du divorce-sanction et introduit le divorce sur requête commune afin de ne pas entamer encore plus la capacité de dialogue des parents, qui l'est déjà du fait de leur situation de divorce. « En instaurant la possibilité du divorce sur requête commune dans le code civil, le projet formalise la réalité juridico-sociale, tout en concrétisant le principe de concertation qui sous-tendait déjà la révision du droit matrimonial »⁴.

Les causes déterminées de divorce du droit actuel (art. 137 à 141 CC) sont supprimées, sous réserve du cas de la maladie mentale. Le projet prévoit trois causes de divorce reposant sur le principe de l'échec du mariage.

Deux d'entre elles sont nouvelles, à savoir le divorce sur requête commune (art. 111 et 112) et le divorce sur demande unilatérale après suspension de la vie commune durant cinq ans au moins (art. 114), [...] À titre subsidiaire, le divorce peut encore être requis pour rupture du lien conjugal (art. 115).

4.1.1.2 *Commentaires*

On peut s'étonner du fait qu'un mariage se conclue par un acte d'état civil et se dissolve par une procédure juridique civile. Malgré l'évolution des mentalités et de l'application de la loi, le contexte juridique fait appel

1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 28

2. Ibid., p. 28

3. Ibid., p. 28

4. Ibid., p. 28

5. Ibid., p. 85-86

6. Ibid., p. 85

le plus souvent à des représentations en termes de coupable-non coupable, raison-tort, obligations, condamnations et évoque, même dans un contexte civil, des aspects de la procédure pénale (Duss-Von Werdt, 1991). Un certain nombre de procédures de divorce repose sur l'adversité et implique un gagnant et un perdant.

Dans l'optique d'une éthique relationnelle, un tel déséquilibre dans les échanges intersubjectifs (Piaget, Boszormenyi-Nagy) peut avoir des conséquences non seulement sur les deux membres du couple, mais également sur le développement des générations futures. Dans le même ordre d'idée, Axelrod (1992) a élaboré une théorie du comportement coopératif qui montre que la coopération est la seule stratégie qui profite à long terme aux deux partenaires d'une relation et qu'elle peut s'installer même dans les situations défavorables. Le divorce tel qu'actuellement conceptualisé par la loi reflète plutôt une logique de séparation qu'une logique de coopération; celle-ci repose sur la réciprocité qui maximalise les échanges. Le projet nous semble aller dans ce sens.

4.1.2 Les différentes possibilités de suspension de la vie commune

Différentes possibilités de suspension de la vie commune sont prévues dans le Code civil suisse.

Le terme « divorce » est utilisé comme terme générique couvrant la procédure de divorce, la séparation de corps, des mesures provisoires, et de la révision de ces jugements.

En fait, le juge (à Genève le président ou le vice-président du Tribunal de première instance) prend déjà des mesures préprovisoire quelques jours après le dépôt de la requête. À ce stade il n'a pas pu entendre le Service de protection de la jeunesse à propos des enfants. Les mesures préprovisoire sont ensuite remplacées par un jugement sur les mesures provisoires rendues par le juge du divorce.

Le juge est également habilité à décider du sort des enfants (droit de garde et de visite, pension alimentaire) lorsqu'il prononce des « mesures protectrices de l'union conjugale » (article 176 al. 3 CC). Ces mesures sont destinées à rester temporaires et ne peuvent pas être transformées en divorce; il faut pour cela ouvrir une procédure différente. Les mesures protectrices de l'union conjugale peuvent aussi faire l'objet d'une révision en cas de faits nouveaux (article 179 CC).

1. Axelrod a organisé un tournoi écologique simulé par ordinateur de différentes stratégies d'échanges de résolution du « dilemme du prisonnier ». C'est la stratégie « donnant donnant » qui a gagné : le premier commence par donner, c'est-à-dire par coopérer, et ensuite donne la même réponse que celle reçue. Il ne prend jamais l'initiative de rompre l'échange, c'est-à-dire de ne pas coopérer. Cette stratégie maximalise les échanges, donc les gains pour soi et pour l'autre.
2. Lücker-Babel, 1995a, p. 37.

4.1.2.1 *Les mesures protectrices de l'union conjugale*

Les mesures protectrices de l'union conjugale (article 172 al. 1,2,3 CC), contenues dans les effets généraux du mariage, ont pour but d'éviter l'éclatement définitif de la cellule familiale, de protéger un des conjoints et les enfants. Il s'agit de mesures provisoires ordonnées pendant la vie commune :

Article 172 CC

al. 1. Lorsqu'un époux ne remplit pas ses devoirs de famille ou que les conjoints sont en désaccord sur une affaire importante pour l'union conjugale, ils peuvent ensemble ou séparément requérir l'intervention du juge.

al. 2. Le juge rappelle les époux à leurs devoirs et tente de les concilier; il peut requérir, avec leur accord, le concours de personnes qualifiées ou leur conseiller de s'adresser à un office de consultation conjugale ou familiale.

En cas de suspension de la vie commune, l'organisation de la vie des enfants est prévue dans l'article 176 al. 3 CC sur l'organisation de la vie séparée :

al. 3. Lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation.

Ces mesures sont relatives à l'attribution de l'autorité parentale, de la garde et aux relations personnelles de l'époux avec les enfants qui ne lui sont pas confiés.

4.1.2.2 *La séparation de corps et le divorce*

Dans la loi, la séparation de corps est conçue dans une large mesure comme une solution alternative ou un préalable au divorce.

Article 142 CC

al. 1. Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable.

Article 143 CC

L'action tend au divorce ou à la séparation de corps.

Article 145 CC

al. 1. Après l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, chacun des époux a le droit de cesser la vie commune pendant la durée du procès.

Article 146 CC

- al. 1. Le juge est tenu, lorsqu'une cause de divorce est établie, de prononcer le divorce ou la séparation de corps.
- al. 2. Il ne peut prononcer le divorce, si l'action ne tend qu'à la séparation de corps.

Après l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, des mesures provisoires peuvent être prononcées par le juge, notamment concernant les droits parentaux :

Article 145 CC

- al. 2. Le juge prend les mesures provisoires nécessaires, notamment au sujet de la demeure et de l'entretien de la famille, du régime matrimonial et de la garde des enfants. Annotation : Pour la durée de la procédure de divorce, les enfants doivent, en règle générale, être confiés au parent qui est à même de prendre soin d'eux personnellement dans une large mesure et au sein du milieu dans lequel ils ont vécu jusqu'alors; à ce stade de la procédure, il n'y a pas encore à déterminer chez quel parent le droit des enfants à des soins et à une éducation optimaux est le mieux assuré pour l'avenir .

En cas de divorce ou de séparation de corps, le juge, dont le pouvoir d'appréciation est très large (art. 158 CC), peut et doit décider du sort des enfants :

Article 156 CC

- al. 1. En cas de divorce ou de séparation de corps, le juge prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de l'autorité parentale et les relations personnelles entre parents et enfants, après avoir entendu les père et mère et, au besoin, l'autorité tutélaire.
- al. 2. Les relations personnelles de l'époux avec les enfants qui ne lui sont pas confiés, ainsi que la contribution qu'il est tenu de verser pour leur entretien, sont réglées d'après les dispositions sur les effets de la filiation.

4.1.2.3 *Projet de révision du droit du divorce*

Le projet souhaite inciter les époux à régler leur divorce à l'amiable et introduit notamment la séparation de corps et le divorce sur requête commune, ainsi que l'autorité parentale conjointe; il prévoit aussi la création de services de médiation.

Séparation de corps

La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation des biens (art. 117 et 118) et, à la différence du droit actuel, le projet ne contient pas

1. Les annotations proviennent du Code civil suisse et du Code des obligations annotés de Scyboz et Gilliéron, 1988.
2. ATF 111 223, cf. ATF 111 225.

de disposition relative à la durée de la séparation de corps. « Conformément au respect de l'autonomie privée, il appartient aux seuls conjoints de décider de mettre fin à la séparation par une reprise de la vie commune, par le dépôt d'une requête commune en divorce ou d'une action unilatérale tendant au divorce » .

Divorce sur requête commune

Le projet distingue trois situations soumises aux dispositions relatives au divorce sur requête commune :

1. *Les époux² sont d'accord sur le principe et sur les effets de leur divorce (art. 111) ;*
2. *Les époux sont d'accord sur le principe du divorce et concluent une convention sur ses effets en cours de procédure (art. 111, 2e al., 2e partie) ;*
3. *Les époux sont d'accord sur le principe du divorce, mais ne parviennent pas à un accord s'agissant de ses effets et confient au juge le soin de régler ces derniers (art. 112) .*

Logement de la famille

Si le droit actuel ne contient pas de disposition réglant l'attribution du logement familial, le projet crée une base légale pour cette attribution (art. 121) et outre des motifs de santé ou professionnels retient que « l'intérêt⁴ des enfants qui ont vécu auparavant dans ce logement est prioritaire » .

Mesures provisoires

Le projet prévoit (art. 137) que chaque époux a le droit, « dès la litispendance de la demande ou de la requête commune en divorce (cf. art. 136), de cesser la vie commune pendant la durée du procès⁵ », sans que ne soit nécessaire une motivation particulière, contrairement à l'article 175 CC prévoyant la cessation de la vie commune comme mesure protectrice de l'union conjugale. Chaque époux peut demander des mesures provisoires, « notamment en ce qui concerne le logement⁶ et l'entretien de la famille, le régime matrimonial et la garde des enfants » .

Tribunaux de la famille

Reconnaissant que les procès du droit de la famille « exigent des juges non seulement de vastes connaissances juridiques, mais également une certaine aptitude et une formation psychologique » , le projet donne à l'article 152 la possibilité aux cantons de confier les procès en divorce (et

1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 97.
2. Les articles notés sans mention de leur provenance sont des propositions d'articles figurant dans le projet concernant la révision du code civil, 1995.
3. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 87-88.
4. Ibid., p. 98.
5. Ibid., p. 139.
6. Ibid., p. 140.
7. Ibid., p. 157.

d'autres affaires relevant du droit de la famille) à des juges spécialisés. Les cantons étant compétents pour l'organisation judiciaire, le projet « se borne à recommander aux cantons de transférer les procès de divorce et autres procédures du droit de la famille à des juges spécialisés » .

Les personnes appelées à prononcer des divorces sur requête conjointe devraient bénéficier, outre de connaissances juridiques, d'excellentes capacités psychologiques et être formées dans la gestion d'entretiens. La deuxième audition des époux dans le cadre du divorce conventionnel (art. 111) et l'audition des enfants (art. 144) conserveront ainsi toute leur signification. Mais dans les divorces litigieux aussi, une qualification particulière du juge du divorce est importante pour que la procédure n'aboutisse pas à une nouvelle aggravation de la situation conflictuelle entre les époux, au détriment des enfants .

Médiation en matière de divorce

Le projet prévoit à l'article 151, l'obligation pour les cantons de veiller « à ce que les époux puissent s'adresser à des personnes ayant une formation de médiateur, qui les aideront à s'entendre sur le divorce et ses conséquences » . Le projet prévoit également que « les personnes qui sont intervenues pour les conjoints en qualité de conseillers conjugaux ou familiaux ou de médiateurs en matière de divorce n'ont pas qualité de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements » (art. 139 al. 3). De manière intéressante, le projet indique la nécessité d'une formation interdisciplinaire pour exercer l'activité de médiateur.

Examen par le Conseil des États

Lors de l'examen par le Conseil des États, « les articles 151, relatif à la médiation, et 152, concernant la création de tribunaux de la famille, tels que proposés, ont été biffés au motif que le droit fédéral ne doit pas imposer de nouvelles tâches aux cantons » .

4.1.2.4 Commentaires

De par les différentes possibilités de suspension de la vie commune, la loi tente d'apporter des réponses juridiques variées à l'ambivalence régulièrement présente dans les conflits conjugaux, tout en cherchant à satisfaire également le besoin de protection des enfants.

Les nouvelles dispositions introduites par le projet nous semblent mieux prendre en compte la perspective de l'enfant qu'actuellement pour autant que le juge ait les moyens d'évaluer que l'accord des parents sur tout ce qui concerne les enfants soit dans leur intérêt .

-
1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 158.
 2. Ibid., p. 157.
 3. Ibid., p. 155.
 4. Bulletin suisse des droits de l'enfant (DEI), 1997, p. 9.
 5. Voir chapitre 4.5.3.

Néanmoins, on peut regretter que le projet se borne à recommander la création de tribunaux de la famille, qui du reste, tout comme la médiation, n'ont pas été retenues par le Conseil des États.

4.1.3 L'attribution des droits parentaux

Les époux peuvent requérir l'autorité du juge de plusieurs manières en cas de conflits : ces mesures citées ci-avant de la plus souple à la plus définitive, appellent toutes, en cas de suspension de la vie commune, une décision, même provisoire, par le juge concernant l'autorité parentale, la garde et les relations personnelles qui sont les composantes fondamentales des droits parentaux.

L'attribution des droits parentaux s'inscrit dans le cadre du règlement des effets accessoires non patrimoniaux du divorce. Les principes généraux qui déterminent ces notions sont énoncés dans le titre huitième du Code civil suisse, intitulé « Des effets de la filiation ». C'est pourquoi, avant d'aborder les modalités d'attribution des droits parentaux en cas de divorce, il est utile de comprendre les fondements de ces droits qui découlent de l'établissement et des effets de la filiation.

« L'attribution du droit de garde et de l'autorité parentale pour la durée et au terme de la procédure en divorce est régie par les articles 145, 156, 297 al. 3 in fine et 315a al. 1 et 2 CC » .

4.1.3.1 Commentaires

Il est intéressant de relever que la naissance d'un enfant place les parents mariés dans une relation juridique avec l'état qui leur reconnaît l'autorité parentale. La garde et le droit de visite apparaissent seulement lors de défaillance parentale sous forme de mesures de protection de l'enfant ou lors de leur attribution dans une procédure de divorce. Cependant, seuls le contenu et les fonctions de l'autorité parentale sont précisés dans le Code civil suisse.

4.1.4 L'intérêt de l'enfant

Dans la loi, l'attribution des droits parentaux repose sur le principe de l'intérêt de l'enfant, qui prend un relief particulier dans les procédures de divorce.

Ce principe constitue une de ces règles fondamentales de l'ordre juridique suisse à l'encontre de laquelle il serait impossible d'aller sans heurter le sentiment du droit en Suisse¹. La recherche de cet intérêt par le juge constitue un préalable à toute décision relative à l'attribution des droits parentaux².

1. Stettler, 1987, p. 278.
2. RO 96 I 387 (391) (f).
3. Stettler, 1987 p. 279.

Le principe de l'intérêt de l'enfant reste une notion floue qui provoque une multiplication de publications sur ce sujet. À titre d'exemple, Stettler cite :

Comment la loi peut-elle assurer à l'enfant une chance d'être un membre d'une famille où il se sente désiré et où il ait la possibilité, sur un mode continu, non seulement de recevoir de l'affection et de manifester la sienne mais aussi d'exprimer son agressivité et d'apprendre à la contrôler .

L'intérêt de l'enfant est une notion paradoxale en tant que référence juridique, parce qu'elle est une règle, donc une norme, sans que les principes qui lui donnent corps puissent être énoncés « in abstracto ». S'ils l'étaient, l'efficacité spécifique du critère, qui est de permettre l'adaptation de la règle de droit à chaque cas particulier, serait remise en cause .

Au terme d'une recherche très approfondie ayant pour objectif de démontrer l'existence d'une notion juridique d'intérêt de l'enfant, Le Guidec conclut « qu'il s'agit d'un instrument technique permettant d'affirmer l'enfant comme sujet de droit dans la mise en œuvre des institutions familiales » .

4.1.4.1 *Projet de révision du droit du divorce*

Le projet réaffirme la sauvegarde optimale des intérêts des enfants et relève le fait que le juge recevra moins d'informations sur la personnalité des époux à l'occasion d'un divorce sur requête commune.

L'obligation d'élucider d'office les questions qui ont trait aux enfants et de faire appel aux services chargés de l'aide à la jeunesse (art. 145 s.) ainsi que l'obligation d'entendre les enfants (art. 133, 2e al., et 144, 2e al.) et de désigner un curateur dans les situations difficiles (art. 147 s.) en sont d'autant plus importantes .

La ratification par le juge d'une convention entre les époux (art. 140) s'applique aussi bien au divorce sur requête commune qu'à la procédure de divorce contentieuse. « La maxime d'office s'applique en revanche sans restriction au sort des enfants. Les parties ne peuvent pas conclure de véritable convention sur ce point. Celles-ci se contentent dès lors de faire des propositions communes (cf. art. 133, 2e al., cf. aussi art. 144 ss) » .

4.1.4.2 *Commentaires*

Le choix délibéré du législateur de ne pas préciser le critère d'intérêt de l'enfant dans le texte légal permet au juge une très libre appréciation de ce critère. Selon Schneider, le fait de poser « quelques éléments d'orientation

-
1. Goldstein, Freud, & Solnit, 1980, p. 8, cités par Stettler, 1987, p. 99.
 2. Théry, 1983, p. 59, citée par Stettler, 1987, p. 99.
 3. Le Guidec, 1973, p. 646, cité par Stettler, 1987, p. 99.
 4. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 31.
 5. Ibid., p. 143.

pour la pratique (a écarté) l'état d'insécurité juridique que l'on craignait au début ». Cependant, on peut se demander sur quels éléments le juge se fonde pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant et quelle est sa part de subjectivité :

Dans la plupart des cas, ces décisions se basent sur les préjugés du juge, son propre « background » et sa psychologie du sens commun. Souvent ces décisions relèvent de jugements de valeur moraux, dans lesquels la garde est refusée à un parent adultérin ou immoral ou à un parent qui a des idées qui ne plaisent pas .

Selon Boisclair (1978), les tribunaux, en discutant de l'autorité parentale et de l'intérêt de l'enfant, appliquent implicitement une double conception, soit celle « de l'enfant propriété biologique dont la conception temporaire de la garde est l'aboutissement, soit celle fondée sur les besoins psychologiques de l'enfant ». Il insiste sur la continuité comme élément devant figurer dans les articles de loi.

*L'intérêt de l'enfant consiste à satisfaire autant ses besoins physiques, que ses besoins affectifs, sociaux, moraux, intellectuels, de sécurité et de stabilité émotionnelle « en cherchant à protéger la **continuité** chez l'enfant ».*

[...] la conception psychologique de l'intérêt de l'enfant favorise plutôt ses besoins psychosociaux et la protection de son milieu habituel de vie. (Alors que) la conception biologique de l'intérêt de l'enfant privilégie l'autorité parentale à l'encontre de ses besoins de continuité et de stabilité émotionnelle .

En confirmant la ratification par le juge de la convention proposée par les parents, le projet affirme la prépondérance de l'intérêt de l'enfant sur celui des parents.

4.2 L'autorité parentale

Avant de s'intéresser à la question de l'attribution de l'autorité parentale dans les procédures de divorce, il convient de présenter certaines dispositions sur l'établissement et les effets de la filiation.

4.2.1 Fondements

Selon la loi, à l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance. À l'égard du père, elle est établie par son mariage avec la mère, par reconnaissance ou par jugement. Elle peut en outre résulter de l'adoption (article 252

-
1. Schneider, 1992, p. 205.
 2. Wald, 1976, p. 2.
 3. Boisclair, 1978, p. 97.

al. 1, 2, 3 CC). « L'existence d'un lien de filiation est une condition nécessaire, quoique non suffisante, de la détention de l'autorité parentale » .

L'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale (article 296 al. 1 CC) et les père et mère exercent l'autorité parentale en commun pendant le mariage (article 297 al. 1 CC).

L'autorité parentale est constituée d'un faisceau de responsabilités et de pouvoirs et ne peut être cernée que par référence à son contenu tel qu'il est défini par la loi aux articles 301 à 306 CC, qui mettent en évidence les fonctions de l'éducation, de l'éducation religieuse et de la représentation de l'enfant .

Article 301 CC — le contenu de l'autorité parentale

al. 1. Les père et mère déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation en vue de son bien et prennent les décisions nécessaires, sous réserve de sa propre capacité.

al. 2. L'enfant doit obéissance à ses père et mère, qui lui accordent la liberté d'organiser sa vie selon son degré de maturité et tiennent compte autant que possible de son avis pour les affaires importantes .

al. 3. L'enfant ne peut quitter la communauté domestique sans l'assentiment de ses père et mère; il ne peut pas non plus leur être enlevé sans cause légitime.

Article 302 CC — Éducation

al. 1. Les père et mère sont tenus d'élever l'enfant selon leurs facultés et leurs moyens et ils ont le devoir de favoriser et de protéger son développement corporel, intellectuel et moral.

al. 2. Ils doivent donner à l'enfant, en particulier à celui qui est atteint de déficiences physiques ou mentales, une formation générale et professionnelle appropriée, correspondant autant que possible à ses goûts et à ses aptitudes.

al. 3. À cet effet, ils doivent collaborer de façon appropriée avec l'école et, lorsque les circonstances l'exigent, avec les institutions publiques et d'utilité publique de protection de la jeunesse.

Article 303 CC — Éducation religieuse

al. 1. Les père et mère disposent de l'éducation religieuse de l'enfant.

al. 2. Sont nulles toutes conventions qui limiteraient leur liberté à cet égard.

al. 3. L'enfant âgé de seize ans révolus a le droit de choisir lui-même sa confession.

-
1. Stettler, 1987, p. 244.
 2. La fonction de l'administration des biens de l'enfant figure à l'article 318s CC.
 3. L'annotation de cet alinéa prévoit que « la dignité personnelle de l'enfant doit être respectée ATF 111405 ».

Il est également question dans la loi des devoirs réciproques exigeant que les parents « se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille » (article 272 CC) .

Les parents sont soumis à une obligation d'entretien de l'enfant jusqu'à sa majorité. Ils doivent « assumer les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger » (article 276 al. 1 CC).

Annotation : Le devoir d'entretien comprend aussi la satisfaction de besoins qui sortent de la sphère matérielle, notamment la défense de droits en justice², le devoir des parents de consulter un médecin pour l'enfant³.

Sont également prévues dans la loi des mesures de protection de l'enfant dans les articles 307 à 317 CC. Ces dispositions visent à protéger l'enfant « si son développement est menacé » (article 307 al. 1 CC). Ces mesures de protection vont de la plus souple à la plus contraignante et limitent en conséquence l'autorité parentale par l'instauration d'une curatelle (article 308 CC), par le retrait du droit de garde (article 310 CC) ou le retrait de l'autorité parentale (article 311 CC).

4.2.1.1 Commentaires

Il faut remarquer que si le droit suisse n'ignore pas complètement la capacité de l'enfant à donner son opinion sur les affaires qui le concernent, la formulation de l'article 301 al. 2 CC laisse la porte ouverte à toute interprétation de la part des parents quant aux compétences de l'enfant. Le droit suisse de la filiation apparaît être essentiellement un droit des parents.

4.2.2 L'attribution de l'autorité parentale

Dès la demande de mesures protectrices de l'union conjugale et en cas de suspension de la vie commune, le juge doit se pencher sur et, au besoin, trancher la question de l'attribution de l'autorité parentale.

Article 297 al. 2 CC

Lorsque la vie commune est suspendue ou que les époux sont séparés de corps, le juge *peut* confier l'autorité parentale à un seul des époux.

En cas de séparation de corps ou dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, il est donc possible que les parents conservent conjointement l'autorité parentale, sous réserve d'une décision contraire du juge, alors que l'exercice commun de l'autorité parentale est exclu en cas de divorce.

L'attribution de l'autorité parentale à un seul parent devrait constituer l'exception dans le cas des mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles ont justement pour but d'éviter l'éclatement définitif de la cellule familiale, la reprise

-
1. Chapitre premier : De la communauté entre les père et mère et les enfants.
 2. ATF 67 I 65 JT 1941 530.
 3. ATF 87 IV 105 JT 1962 IV 2.

de la vie commune constituant l'objectif à atteindre. Les deux parents doivent donc être associés aussi étroitement que possible à la poursuite de l'éducation des enfants afin d'éviter une rupture dans la continuité de la relation .

Le juge est habilité à fixer une certaine répartition des rôles des deux détenteurs de l'autorité parentale : « S'il ne confie que la garde à l'un des parents (sans retirer à l'autre l'autorité parentale), il peut prendre des dispositions sur le droit d'intervention et de co-décision de l'autre parent dans des domaines particuliers ou pour des questions déterminées » .

La séparation de corps « est aujourd'hui conçue dans une large mesure comme une solution alternative ou un préalable au divorce » . La suspension de la vie commune « s'impose lorsque la vie commune est devenue temporairement insupportable, les chances d'un rétablissement de la relation conjugale étant toutefois réelles » .

Alors que dans le cas de la suspension de la vie commune l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent devrait rester l'exception, la règle doit, à notre avis, être inversée pour le cas de la séparation de corps .

Le juge des mesures provisoires a la compétence « de confier l'autorité parentale à un seul parent pour la durée de l'instance déjà, ce qui renforce le "préjugé" de la décision de fond ». Cependant, « l'attribution du seul droit de garde devrait ainsi constituer la règle, celle de l'autorité parentale l'exception » .

Malgré le caractère provisoire de la mesure, la plupart des auteurs considèrent qu'il est dans l'intérêt bien compris de l'enfant de chercher à assurer une continuité entre l'attribution provisoire et l'attribution définitive du droit de garde, respectivement de l'autorité parentale. Aussi l'évaluation sociale est-elle souvent préconisée au stade des mesures provisoires déjà .

En matière d'éducation et d'éducation religieuse

Le contenu de l'autorité parentale prévoit des dispositions sur l'éducation et l'éducation religieuse. Les père et mère « ont le devoir de favoriser et de protéger son développement corporel, intellectuel et moral » (article 301 al. 1 CC). Ils doivent donner à l'enfant « une formation générale et professionnelle appropriée, correspondant autant que possible à ses goûts et à ses aptitudes » (article 301 al. 2 CC). « Le devoir d'assurer à l'enfant une formation correspondant à la situation des parents incombe aussi

1. Joriot, 1977, p. 268 cité par Stettler, 1987, p. 259.
2. Hegnauer, 1983, p. 148 cité par Stettler, 1987, p. 259.
3. Stettler, 1987, p. 260.
4. Ibid., p. 260.
5. Ibid., p. 261.
6. Ibid., p. 295.
7. Cf. notamment Bühler, & Spühler, 1980, cités par Stettler, 1987, p. 296.

à celui des parents divorcés auquel l'autorité parentale n'a pas été attribuée » .

Les parents « disposent de l'éducation religieuse de l'enfant » (article 303 al. 1 CC) jusqu'à l'âge de seize ans révolus, où « il a le droit de choisir lui-même sa confession » (article 303 al. 3 CC).

Un jugement (de divorce), pas plus qu'un contrat, ne saurait limiter le droit du détenteur de l'autorité parentale de disposer seul et librement de l'éducation religieuse de l'enfant; celui des parents auquel le jugement de divorce enlève l'autorité parentale sur l'enfant n'a plus rien à dire au sujet de son éducation religieuse (...) .

Attribution à un seul parent

À l'exception de décisions prises dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale et de la séparation de corps, le droit de garde et l'autorité parentale ne peuvent être attribués qu'à un seul parent en cas de divorce.

4.2.2.1. Projet de révision du droit du divorce

Le projet prévoit que le juge attribue l'autorité parentale à l'un des parents et règle la question des relations personnelles avec le parent qui perd l'autorité parentale en tenant compte, selon l'article 133 al. 2 de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant et de l'avis de l'enfant. « La loi consacre ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle c'est l'intérêt de l'enfant qui est déterminant pour l'attribution et non celui des père et mère (art. 156, 1er al., CC) » .

Au nombre des critères essentiels peuvent entrer en ligne de compte les relations entre les parents et l'enfant, la personnalité des parents (par exemple capacité éducative, santé physique et mentale, etc.) et leurs conditions de vie (par exemple faculté de s'occuper personnellement de l'enfant, situation professionnelle et charges en découlant, nouvelles liaisons, situation de vie en général, etc.), ainsi que la personnalité de l'enfant et, si nécessaire, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux . Tout dépendra en définitive des circonstances du cas concret. Une énumération dans la loi des divers critères applicables n'est pas prévue, car elle ne pourrait jamais être complète; cela vaut aussi pour toute tentative d'établir une hiérarchie entre les critères .

Information et renseignements

Afin que l'autre parent ne se trouve pas écarté de toutes les décisions concernant l'enfant, le projet, lui octroie un droit à l'information « des évé-

-
1. ATF 107465 JT 1983 322 (Annotation de Scyboz et Gilliéron, 1988).
 2. ATF 79344 JT 1954 265 (Annotation de Scyboz et Gilliéron, 1988).
 3. Projet du Conseil fédéral, 1995, p. 127.
 4. Cf. ATF 115 II 319, c. 2; 112 II 382 s., c. 3; 109 II 193, c. 2.
 5. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 128.

nements particuliers survenant dans la vie de l'enfant » et le droit d'être « entendu avant que soient prises des décisions importantes pour son développement » (article 275a).

L'alinéa 2 de l'article 275a prévoit également que le parent dépourvu de l'autorité parentale puisse se renseigner directement auprès de tiers qui s'occupent de l'enfant « notamment auprès de ses enseignants ou de son médecin ».

Autorité parentale conjointe

Si actuellement le juge n'a pas le pouvoir de laisser l'autorité parentale aux deux parents, le projet admet l'autorité parentale conjointe (art. 133 al. 3) comme le complément naturel du divorce sur requête commune, au regard du bien de l'enfant. Le Conseil fédéral a retenu divers éléments en faveur de l'autorité parentale conjointe, comme le fait que de bonnes et étroites relations avec les deux parents aident l'enfant à mieux supporter les conséquences traumatisantes du divorce, le fait que l'autorité parentale unique exclut obligatoirement l'autre parent et que l'autorité parentale conjointe peut entraîner un maximum de continuité dans la relation et l'éducation, le fait qu'il faut autant que possible choisir des solutions approuvées par les deux parents ce qui permet « d'appliquer le principe important selon lequel l'État doit s'abstenir autant que possible d'intervenir dans les relations de droit privé et tenir compte de l'autonomie des intéressés dans l'organisation de leurs conditions de vie » .

La possibilité juridique de l'autorité parentale conjointe suppose que certaines conditions soient remplies « en fonction de la réalité suisse et sans favoriser une fausse idéalisation de la capacité des parents à collaborer » . Une requête commune des parents montrant qu'ils sont capables de coopérer et prêts à le faire, est tout d'abord nécessaire.

Deuxièmement, l'autorité parentale conjointe doit être compatible avec le bien de l'enfant. Il est nécessaire que chaque parent ait une capacité éducative totale, c'est-à-dire que chacun remplisse toutes les conditions de l'attribution de l'autorité parentale. Il est en outre fondamental que les parents n'aient pas seulement la volonté de coopérer, ce qui se manifeste par la requête commune, mais qu'ils soient aussi capables de le faire malgré le divorce. Leur personnalité, leurs relations actuelles ainsi que leurs plans communs pour l'avenir de l'enfant doivent montrer que l'autorité parentale conjointe demandée est compatible avec le bien de l'enfant. [...] Troisièmement, les parents doivent soumettre à l'approbation du juge une convention portant sur la répartition de la prise en charge de leur enfant pour l'avenir et sur la contribution d'entretien. Il résulte de cette condition que les deux parents doivent vouer des soins à l'enfant après le divorce, de manière à connaître sa vie quotidienne. Le temps que doit consacrer chaque parent à l'enfant doit, dans les grandes lignes, être prévu

1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 131-132.
2. Ibid., p. 132.

dans la convention, afin de prévenir des difficultés et des divergences futures sur ces points ainsi que des procédures de modification éventuelles qui pourraient être préjudiciables à l'enfant .

Audition de l'enfant²

Par ailleurs, le projet prévoit également l'audition de l'enfant car « l'enfant ayant un droit à participer à l'organisation de sa vie future (cf. art. 301, 1er al., et 302, 1er al., CC), il convient de prendre en considération autant que possible son avis » .

Faits nouveaux, compétence du juge et capacité de l'enfant à agir

Le projet modifie sensiblement l'article 157 CC concernant les compétences respectives de l'autorité tutélaire et du juge en cas de modification des mesures ordonnées dans le jugement de divorce à l'égard des enfants⁴. Selon le projet, la réglementation actuelle « prête le flanc à la critique » . « Le procès en modification⁵ est en effet lourd, coûteux et souvent pénible psychologiquement » .

Le projet prévoit la réglementation suivante aux articles 134 et 315b, dont les dispositions doivent être lues ensemble :

Comme actuellement, le juge statue sur les modifications contestées de l'attribution de l'autorité parentale et de la pension alimentaire.

Le juge, comme à présent, modifie les relations personnelles lorsqu'il statue sur une modification de l'attribution de l'autorité parentale ou de la contribution d'entretien.

En revanche, l'autorité tutélaire doit être compétente à l'avenir pour transférer l'autorité parentale de l'un des parents à l'autre lorsque les deux sont d'accord; elle doit également pouvoir modifier le droit de visite dans les cas litigieux où il n'y a pas lieu de statuer en même temps sur une modification contestée de l'attribution de l'autorité parentale ou de la contribution d'entretien .

S'agissant des modifications de l'attribution de l'autorité parentale dans les cas de litige, le projet prévoit que cette compétence appartient au juge (art. 134). Outre le fait que chacun des parents et l'autorité tutélaire sont légitimés à agir, le projet prévoit également le droit propre de l'enfant capable de discernement (art. 16 CC) à agir, ce qui correspond « en outre à l'article 6, 1er alinéa, CEDH et à l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant » .

1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 133.
2. Pour plus de détails, voir chapitre 4.5.9.2.
3. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 128.
4. Hegnauer, Stettler cités par le projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 134.
5. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 134.
6. Ibid., p. 134.
7. Ibid., p. 135.

Une modification de l'attribution de l'autorité parentale suppose qu'une nouvelle réglementation soit requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux importants. On songe notamment au cas où le parent concerné ne peut plus assumer l'autorité parentale pour des raisons de santé; il est aussi envisageable que des circonstances extérieures modifient la situation de façon importante (par exemple, un déménagement ou le remariage du parent détenteur de l'autorité parentale) et nécessitent une modification de l'attribution dans l'intérêt de l'enfant; les circonstances du cas d'espèce sont toujours déterminantes .

Examen par le Conseil des États

« Le Conseil des États a accepté tels quels les articles 133 (autorité parentale) et 134 (demande de changement dans l'attribution de l'attribution parentale) du projet » .

4.2.2.2 Commentaires

Le fait d'attribuer l'autorité parentale à l'un des conjoints seulement est un exemple particulièrement prégnant de la logique du gagnant et du perdant qui règne dans le droit suisse actuel du divorce. Dans ce cas, il faut relever que les enfants risquent également d'être perdants. La formule de l'autorité parentale conjointe, telle que prévue dans le projet, aurait le mérite de reconnaître légalement et socialement la poursuite de la fonction parentale des deux parents au-delà de la rupture du lien conjugal.

La possibilité d'entendre l'enfant tout comme la possibilité qui lui est accordée d'agir, s'agissant des modifications de l'attribution de l'autorité parentale, prévues par le projet, vont bien dans le sens de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

4.3 La garde

La garde de l'enfant implique principalement le lieu de vie de l'enfant. « Le titulaire de la garde est compétent pour décider du lieu de résidence et du mode d'encadrement de l'enfant, ainsi que pour exercer les droits et les responsabilités liés à l'assistance, aux soins et à l'éducation quotidienne » .

4.3.1 Fondements

La notion de garde de l'enfant n'est pas définie en tant que telle par la loi, mais elle est mentionnée aux articles 273 et 275 al. 3 CC, dispositions

1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 135.
2. Bulletin suisse des droits de l'enfant (DEI), 1997, p. 9.
3. Bühler, & Spühler, 1980, art. 145 N° 201, cité par Stettler, 1987, p. 247.

qui traitent des relations personnelles, ainsi qu'à l'article 276 al. 2 CC se rapportant à l'entretien de l'enfant et à l'article 25 al. 1 CC se rapportant au droit de la personnalité.

La notion de garde de l'enfant apparaît également dans le cadre des mesures de protection de l'enfant. L'article 310 CC stipule que l'autorité tutélaire retire la garde aux père et mère « lorsqu'elle ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant ne soit compromis ». Le retrait de garde ne supprime pas tous les droits qui dérivent de l'autorité parentale mais y apporte une restriction.

La titularité de la garde est dépendante de la titularité de l'autorité parentale (art. 297 al. 3 CC). Une soustraction de l'autorité parentale englobe nécessairement la perte du droit de garde, mais le raisonnement a contrario n'est pas applicable.

4.3.2 L'attribution de la garde

La notion d'attribution de la garde apparaît dans l'art. 145 CC dans le cadre des mesures provisoires appliquées lors d'une procédure en divorce ou en séparation de corps :

al. 2. Le juge prend les mesures provisoires nécessaires, notamment au sujet de la demeure et de l'entretien de la famille, du régime matrimonial et de la garde des enfants.

En cas de suspension ou de cessation de la vie commune, il faut constater que le principe de la garde alternée ou de la garde conjointe est impossible en Suisse.

Malgré les précédents que l'on relève souvent en droit comparé, on devrait se garder de légaliser les institutions de la garde alternée ou de la garde conjointe. Ces formules, qui appellent de sérieuses réserves au regard du besoin de stabilité de l'enfant, doivent être laissées à la libre disposition des parents qui ont tout loisir d'y recourir si bon leur semble, l'option retenue par le jugement reprenant ses droits en cas de divergences. Un exercice commun des droits devrait par contre être envisageable concernant l'autorité parentale ou ce qu'il en reste lorsqu'elle n'inclut pas la garde de l'enfant; il y aurait toutefois lieu de réserver une telle collaboration aux couples dont le juge est en droit d'attendre, sur la base des informations recueillies au cours de la procédure, qu'ils jouissent d'une maturité suffisante pour placer l'intérêt de l'enfant au-dessus des conflits d'intérêts qui leur sont propres. Afin de faciliter la tâche de celui qui assume la garde de l'enfant et qui supporte de ce fait le poids principal de l'éducation, il serait probablement indiqué de lui accorder un pouvoir de décision préférentiel pour tout ce qui touche à la vie quotidienne de l'enfant, au risque d'encourir le reproche de retomber indirectement dans les travers de l'ancien droit.

1. Haefeli, cf. Duss-von Werdt, 1986, p. 180, cité par Stettler, 1987, p. 281.

4.3.2.1 *Projet de révision du droit du divorce*

En cas d'attribution de l'autorité parentale conjointe, le projet prévoit que les parents « soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant » (art. 133). « Il résulte de cette condition que les deux parents doivent vouer des soins à l'enfant après le divorce, de manière à connaître sa vie quotidienne. Le temps que doit consacrer chaque parent à l'enfant doit, dans les grandes lignes, être prévu dans la convention » .

Le projet ne prévoit pas expressément la possibilité de la garde conjointe ou de la garde alternée.

La garde « alternée », qui consiste à faire habiter l'enfant pendant quelques jours alternativement chez la mère et chez le père n'est pas réglée expressément. L'admissibilité de tels accords doit être appréciée sous l'angle du bien de l'enfant et dépend donc essentiellement des circonstances du cas particulier (âge de l'enfant, distance entre les logements des parents, etc.) .

4.3.2.2 *Commentaires*

Les études portant sur la pratique de la garde alternée ou conjointe ne démontrent pas que l'ajustement des enfants est plus difficile que dans les cas où la garde est attribuée à un seul parent, pour autant que les parents aient choisi ensemble cette solution. Par contre, lorsque la solution de la garde conjointe ou alternée est imposée par le juge, il s'avère que cela ne réduit pas le nombre de demandes en modification de jugement de divorce. La condition majeure de ce type d'organisation réside dans le choix et l'accord des parents sur ce(s) mode(s) de garde et dans la conscience et la capacité des parents de maintenir un dialogue constant entre eux par rapport à l'éducation de l'enfant.

Dans l'intérêt de l'enfant, il nous semble que la solution de garde conjointe ou alternée devrait faire l'objet d'un jugement et ne pas être laissée à la libre disposition des parents. La légalisation de ces modes de garde aurait l'avantage de mieux garantir la prévalence de l'intérêt de l'enfant sur celui de ses parents lors des changements liés aux différents événements de la vie des parents, comme de nouvelles relations conjugales, des changements de domicile, de travail, etc. En effet, ces changements seraient susceptibles de remettre en question brutalement l'accord préalable à l'amiable des parents, alors que les dispositions d'un jugement de divorce seraient mieux à même d'assurer la stabilité du mode de vie de l'enfant. Une demande en modification de jugement de divorce reste toujours possible.

Il faut reconnaître que les conditions exigées par le projet dans le cas de l'attribution de l'autorité parentale conjointe ont le mérite de réduire ces risques.

-
1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 133.
 2. Ibid., p. 133.

4.4 Le droit aux relations personnelles ou le droit de visite

Dans la pratique, le terme de droit de visite est beaucoup plus fréquemment utilisé que celui de droit aux relations personnelles.

4.4.1 Fondements

« Sous réserve du droit qui peut être accordé exceptionnellement à des tiers (article 274a CC), les relations personnelles trouvent aujourd'hui leur fondement juridique dans le lien de filiation » .

L'article 273 CC, définit le principe des relations personnelles des père et mère. Cet article s'applique notamment au titulaire du droit de visite :

Article 273 CC

Les père et mère ont le droit d'entretenir avec l'enfant mineur qui n'est pas placé sous leur autorité parentale ou sous leur garde les relations personnelles indiquées par les circonstances. *Annotation : Le droit aux relations personnelles, qui s'exerce généralement sous forme de droit de visite, trouve son fondement dans la filiation; il appartient aux parents auxquels l'autorité parentale ou la garde a été retirée par le juge (art. 176, 145, 156 et 133 CC) ou par l'autorité tutélaire (art. 310 à 312 CC) ou encore à ceux qui ne les ont pas en vertu de la loi (art. 296 al. 2, et 298 al. 1 CC).*

La curatelle peut conférer au curateur certains pouvoirs, tels que « la surveillance des relations personnelles » (article 308 al. 2 CC). Cette mesure s'appelle également curatelle du droit de visite.

Annotation : L'institution d'une curatelle destinée à la surveillance du droit de visite suppose qu'un grave danger menace le bien-être de l'enfant; tel est le cas lorsque de sérieuses difficultés sont à craindre en relation avec l'exercice du droit de visite par celui des parents auquel l'autorité parentale n'a pas été confiée et que l'enfant est handicapé ou particulièrement sensible.

4.4.1.1 Commentaires

On peut s'étonner que le droit aux relations personnelles ne soit pas un droit réciproque du parent et de l'enfant. En prévoyant la possibilité de limiter ce droit, la loi considère l'enfant comme un objet de protection, mais non comme un sujet de droit qui pourrait faire valoir son droit aux relations personnelles envers le parent non gardien.

-
1. Schnyder, 1982, p. 48, cité par Stettler, 1987, p. 251.
 2. ATF 108372 JT 1984 612.

4.4.2 Les modalités du droit de visite

L'un ou les deux parents privés juridiquement de l'autorité parentale ou de la garde de l'enfant ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec ce dernier. L'article 156 CC prévoit que le juge « prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de l'autorité parentale et les relations personnelles entre parents et enfants » en cas de divorce ou de séparation de corps.

En 1946, le Tribunal fédéral affirmait encore que « le droit de visite n'a pas été institué seulement dans l'intérêt de l'enfant mais aussi et même en première ligne dans l'intérêt des parents » . Cependant la jurisprudence de ces 25 dernières années est marquée par le souci d'accorder la priorité au critère de l'intérêt de l'enfant. La possibilité de limitation du droit de visite (article 274 al. 2 CC) traduit, selon le législateur, sa volonté de donner priorité à l'intérêt de l'enfant. § Le droit de visite est un droit des parents soumis à l'intérêt de l'enfant » .

Cette évolution ressort très nettement d'un arrêt rendu par le TF en 1963 : « La loi ne dit pas que ce droit peut lui être totalement refusé, mais cela découle du principe selon lequel tout droit a pour limites le droit d'autrui. Lorsqu'un droit ne peut être exercé sans porter atteinte à un droit d'autrui, son exercice n'est justifié et digne de protection que s'il constitue la mesure propre à garantir un bien plus précieux dans les circonstances données [...]. Le développement physique et moral de l'enfant, que garantit l'art. 28, al. 1 CC, est un bien qui vaut plus que le lien que le droit de visite a pour but de maintenir entre l'enfant et celui des parents auquel il n'est pas confié. Comme tous les droits découlant de la paternité, le droit de visite est un droit adapté à sa fonction » .

Le principe des relations personnelles qui s'exerce généralement sous forme de droit de visite, énonce le droit des père et mère d'entretenir des relations personnelles « indiquées par les circonstances » (article 273 CC). Annotation : La réglementation du droit de visite ne saurait dépendre seulement de la volonté de l'enfant concerné, mais on ne doit pas faire totalement abstraction du comportement de l'enfant envers le parent qui n'en a pas la garde; il faut, dans chaque cas particulier, déterminer pourquoi l'enfant adopte envers ce parent une attitude défensive et si l'exercice du droit de visite risque réellement de porter atteinte au bien de l'enfant .

Les limites de ces relations personnelles sont définies par le devoir des père et mère de veiller « à ne pas perturber les relations de l'enfant avec l'autre parent et à ne pas rendre l'éducation plus difficile » (article 274 CC al. 1 CC) et définit le retrait ou le refus de ce droit aux père et mère si « les

1. RO 72 II 10/JT 1946 I 322 cité par Stettler, 1987, p. 252.
2. Schneider, 1982, cité par Stettler, 1987, p. 253.
3. RO 89 II 2/JT 1963 I 621 cité par Stettler, 1987, p. 253.
4. ATF 111 405.

relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs » (article 274 CC al. 2). L'annotation de Scyboz et Gilliéron précise cependant que « la limitation et le retrait du droit de visite ne sont pas subordonnés à un comportement fautif de celui des parents qu'ils touchent » .

Dans tous ces cas, l'autorité appelée à intervenir serait bien avisée de s'entourer d'avis autorisés, toute conclusion hâtive risquant non seulement de limiter ou de supprimer le droit de visite sans raison fondée, mais encore, et cela est plus grave, de laisser dans l'ombre les véritables causes des troubles manifestés par l'enfant. Dans un arrêt du 19 décembre 1985¹, le TF a rappelé que l'existence de difficultés relationnelles entre l'enfant et le titulaire ne suffisait pas pour conclure au caractère nocif du droit de visite; il faut examiner dans chaque cas les raisons pour lesquelles l'enfant a une attitude de refus et s'il existe réellement un danger pour son développement .

L'objectif visé par les investigations socio-psychologiques n'est nullement de chercher à déterminer dans quelle mesure l'attitude du titulaire du droit de visite pourrait être jugée fautive. Tant la doctrine que la jurisprudence admettent que ce facteur est irrelevante par rapport à la limitation du droit de visite découlant du fait que celui-ci compromet le développement de l'enfant . Si l'enquête effectuée conduit à la conclusion que le droit de visite compromet le développement de l'enfant, il doit être réduit ou supprimé même si aucune responsabilité ne peut être imputée à son titulaire .

Celui qui viole ses obligations (article 274 al. 2 CC) est celui « qui entretient les relations personnelles irrégulièrement ou de façon arbitraire ou fait fi des modalités nécessaires pour que ces relations se déroulent dans l'ordre » .

« Le fait que le titulaire néglige son devoir d'entretien constitue une violation des obligations parentales qui peut conduire, en dernier ressort, à une réduction ou à une suspension du droit de visite » .

Parmi les autres justes motifs pouvant limiter ou retirer le droit de visite, « le Projet de révision du droit du divorce cite "les particularités et le comportement antérieur des parents, qui laissent présumer d'emblée que le droit de visite aura des effets néfastes" » .

1. ATF 107301 JT 1982 446.
2. Cf. RO 111 II 405/JT.
3. Stettler, 1987, p. 269.
4. Cf. notamment RO 107 II 301 /JT 1982 I 446 et les rappels de jurisprudence contenus dans cet arrêt.
5. Stettler, 1987, p. 270-271.
6. MCF, FF 1974 II 56 cité par Stettler, 1987, p. 270.
7. Schneider, 1982, No 332 p. 8; cf. aussi SJ 1982, p. 105, cité par Stettler, 1987, p. 271.
8. FF 1974 II 56 cité par Stettler, 1987, p. 271.

Le critère de l'intérêt de l'enfant est également invoqué dans le droit qui peut être accordé à des tiers d'entretenir des relations personnelles de l'enfant, « en particulier à des membres de la parenté, à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant » (article 274a CC).

Selon la loi, le droit de visite n'est pas une obligation, le bénéficiaire ne peut pas être contraint à rencontrer ses enfants, mais le parent gardien a l'obligation de se soumettre à ce droit.

4.4.2.1 *Projet de révision du droit du divorce*

En cas de requête commune des parents pour exercer une autorité parentale conjointe sur leur(s) enfant(s), ceux-ci doivent « soumettre à la ratification du juge une convention », mais selon le projet, « les parents sont libres d'adopter une réglementation sur les relations personnelles avec leur enfant. Une telle réglementation n'est pas une condition du maintien de l'autorité parentale conjointe » .

Les parents pourront s'écarter des termes de la convention afin de réagir avec souplesse aux circonstances et « en cas de divergence, c'est cependant la convention qui s'applique » .

Le projet prévoit que le parent qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde, ainsi que l'enfant mineur « ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances » et que les parents peuvent exiger que ce droit soit réglé (art. 273). Il prévoit également à l'alinéa 2 de ce même article que « lorsque l'exercice de ce droit ou le défaut d'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant, ou que d'autres motifs l'exigent, l'autorité tutélaire peut rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs et leur donner des instructions » .

En matière de compétences de l'autorité tutélaire et du juge en cas de modification des mesures ordonnées dans le jugement de divorce à l'égard des enfants , le projet prévoit que contrairement au droit actuel (art. 157 CC), l'autorité tutélaire doit également pouvoir modifier le droit de visite dans les cas litigieux s'il n'y a pas lieu de statuer en même temps sur une modification contestée de l'attribution de l'autorité parentale ou de la contribution d'entretien .

Le projet prévoit également, outre celle des parents et de l'autorité tutélaire, la qualité pour agir de l'enfant lui-même qui doit « selon les principes généraux, être capable de discernement (art. 16 CC) » .

-
1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 133.
 2. Ibid., p. 133.
 3. Voir chapitre 4.2.2.1.
 4. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 134.
 5. Ibid., p. 135.

Lorsqu'un parent reste indifférent à la situation de l'enfant et ne demande pas les modifications nécessaires, l'enfant, comme principal intéressé, doit pouvoir les demander lui-même (cf. art. 19, 2e al., CC).

Examen par le Conseil des États

L'article 273 a été accepté tel que proposé par le projet.

4.4.2.2 Commentaires

Il ne faut pas perdre de vue que les difficultés qui peuvent surgir dans l'exercice du droit de visite sont souvent liées à la situation de divorce elle-même et aux conflits non résolus des parents. Dans ce sens, les « investigations socio-psychologiques » prévues par la loi devraient porter sur l'évaluation de l'ensemble du jeu familial et des stratégies individuelles de chaque membre du système familial, ce qui implique un espace d'écoute personnel pour l'enfant.

L'article 273 al. 2 du projet n'explique pas ce qu'est un exercice ou un défaut d'exercice « préjudiciable » des relations personnelles. Une évaluation spécialisée et approfondie telle que définie ci-dessus paraît appropriée dans la majorité des cas litigieux.

La possibilité conférée à l'autorité tutélaire, par l'article 273 al. 2 du projet, de rappeler un parent à son devoir et de lui donner des instructions lorsqu'il néglige son droit de visite au détriment du bien de l'enfant traduit une évolution dans la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, le rappel à l'ordre d'un parent ne devrait pas se faire sans avoir préalablement décodé les raisons qui sous-tendent la démission apparente d'un parent non gardien. L'autorité tutélaire devrait collaborer avec une équipe psycho-médico-sociale compétente, chargée à la fois de la renseigner et d'aider le parent à comprendre son attitude et à se déterminer quant à la poursuite et aux modalités du droit de visite. La prise en compte de la parole de l'enfant dans cette démarche est indispensable.

Ce même article (273 al. 2) confère à l'autorité tutélaire le pouvoir de rappeler l'enfant à son devoir, alors même que la loi ne prévoit pas explicitement un droit aux relations personnelles pour l'enfant. Si l'enfant est bien perçu comme un objet de protection, puisque l'article 273 al. 2 prévoit une certaine surveillance des relations personnelles « préjudiciables à l'enfant », il est également reconnu comme sujet de droit, capable d'auto-détermination dans ce domaine.

-
1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 135.
 2. Voir chapitre 2.2.1.

4.5 Autres critères de l'intérêt de l'enfant

En plus de certains critères évoqués ci-avant qui ont permis de mieux cerner la représentation juridique de la notion d'intérêt de l'enfant, d'autres pratiques juridiques générales émergent également concernant l'attribution des droits parentaux. Le principe de l'intérêt de l'enfant sous-tend chaque fois ces postulats.

4.5.1 La limitation dans le temps de la décision de l'attribution des droits parentaux

L'attribution des droits parentaux prévue dans le jugement de divorce est valable jusqu'à la majorité de l'enfant. L'article 157 CC prévoit la possibilité d'une modification du jugement de divorce « en cas de faits nouveaux et importants commandant une réglementation différente » .

Les impératifs de la sécurité et de la stabilité nécessaires à l'équilibre de l'enfant exigent que l'on renonce définitivement à limiter les droits dans le temps, l'action en modification du jugement de divorce (article 157 CC) permettant de prendre en tout temps les nouvelles dispositions qui s'imposeraient en raison d'un changement des circonstances .

4.5.1.1 Commentaires

Les besoins de stabilité et de sécurité de l'enfant sont importants à prendre en compte dans l'attribution des droits parentaux. Cependant, il faudrait se garder de confondre stabilité et rigidité et se rappeler que les besoins de l'enfant évoluent en fonction des différents stades de son développement, de son sexe, de ses compétences et de son autonomisation croissantes. Ce qui est adapté aux besoins d'un jeune enfant ne l'est donc plus forcément à ceux d'un adolescent. Dans ce sens l'intérêt de l'enfant nécessite que la modification de l'attribution des droits parentaux puisse également intervenir en fonction de ses besoins spécifiques, et non seulement en fonction de « faits nouveaux, tels que le mariage, le départ, la mort du père ou de la mère » (article 157 CC).

Rappelons que le projet permet une plus grande facilité de procédure concernant une modification du jugement de divorce en prévoyant une répartition des compétences différente et, fait nouveau, en permettant à l'enfant capable de discernement d'introduire lui-même une demande auprès de l'autorité tutélaire ou du juge du divorce.

-
1. Code civil suisse annoté, 1988, Scyboz et Gilliéron.
 2. Stettler, 1987, p. 281.

4.5.2 L'attribution des droits parentaux à la mère

Les père et mère peuvent théoriquement prétendre l'un et l'autre à l'attribution exclusive de la garde et de l'autorité parentale. Cependant, la pratique révèle une prévalence de l'attribution des enfants à la mère.

Les enfants en bas âge, auxquels l'affection et les soins maternels sont spécialement nécessaires, sont généralement confiés à leur mère, lorsqu'elle est à même de s'occuper d'eux et de se vouer personnellement à leur éducation .

Au vu des données scientifiques disponibles², il ne paraît guère contestable que la priorité donnée à la relation mère-enfant est en tout cas justifiée jusqu'à l'âge de trois ans. Seules des carences relationnelles marquées peuvent remettre en question le principe selon lequel l'enfant doit rester auprès de sa mère. Pour l'enfant âgé entre trois et cinq ans, une séparation d'avec la mère ne devrait entrer en ligne de compte que pour des motifs importants et pour autant qu'il bénéficie d'un substitut maternel à même de lui garantir une relation de confiance durable. Les risques de perturbations liées à la rupture de la relation mère-enfant s'atténueraient progressivement à partir de l'âge de cinq ans. Vu sous l'angle des garanties susceptibles d'être fournies pour répondre aux besoins de l'enfant, l'on admet que d'une façon générale la mère et le père sont à égalité à partir de l'âge de huit ans jusqu'à la puberté,³ le rôle du père ayant tendance à devenir prédominant en phase d'adolescence .

« Selon Hegnauer, ce taux préférentiel ne saurait être maintenu au vu des données des sciences sociales »⁴.

L'auteur reproche en particulier à la doctrine et à la jurisprudence de ne pas prendre en compte les résultats des travaux de recherche effectués au cours de ces vingt dernières années et de continuer à raisonner sur la base d'une littérature jugée surannée .

Dans un arrêt de 1985, le Tribunal fédéral

a précisé que le critère de la relation directe mère-enfant n'avait pas un caractère absolu et qu'il y avait lieu de retenir la solution qui assurait à l'enfant la stabilité nécessaire à un développement harmonieux du point de vue physique, psychique et intellectuel .

Le pourcentage des jugements attribuant les enfants au père paraît être sensiblement plus élevé dans les cantons dont les juridictions recourent régulièrement à l'évaluation sociale confiée à un service de protection de la jeunesse;

1. RO 108 II 369 (370) (f); dans le même sens cf. aussi RO 109 II 193/JT 1985 I 306, cité par Stettler, 1987 p. 283.

2. Jorio, 1977, p. 281, cité par Stettler, 1987, p. 283.

3. Cf. notamment les références fournies par Jorio, 1977, p. 281, cité par Stettler, 1987, p. 283.

4. Stettler, 1987, p. 279.

5. Ibid., p. 278.

6. Arrêt du Tribunal Fédéral du 9 septembre 1985, cité par Stettler, 1987, p. 284.

cela ressort notamment d'une étude effectuée récemment par un groupe formé de tuteurs officiels et de représentants des services de protection de la jeunesse .

4.5.2.1 *Projet de révision du droit du divorce*

Le projet confirme que chaque parent peut se voir attribuer les enfants, « à conditions égales et à capacité éducative identique » et estime que la préférence donnée à la mère par le Tribunal fédéral pendant de nombreuses années, a pratiquement disparu à l'heure actuelle.

En 1988, le Tribunal fédéral a jugé que la préférence devait être donnée à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour avoir les enfants durablement sous sa propre garde, s'occuper d'eux et les élever personnellement . Si cette faculté existe à peu près de la même manière des deux côtés, il faut tenir compte du critère de la stabilité locale et familiale et, le cas échéant, d'un souhait clairement exprimé par les enfants. On s'écartera de ces principes quand le parent ainsi désigné adopte un comportement qui va à l'encontre du bien des enfants, par exemple lorsqu'il exploite leurs sentiments dans son combat contre l'autre parent .

4.5.2.2 *Commentaires*

Il est heureux de constater que la loi et le Projet de révision du droit du divorce rejettent toute discrimination fondée sur le sexe des parents pour l'attribution des droits parentaux et prennent en compte des notions répondant mieux aux besoins de l'enfant, telles que la disponibilité, la stabilité du lieu de vie et du réseau social et la qualité des relations parents-enfant.

Pendant, les chiffres portant sur l'année 1994₅ montrent que les enfants sont encore prioritairement attribués à la mère . Il est difficile de connaître les raisons de cet état de fait : ce préjugé persiste-t-il? Les pères revendiquent-ils moins souvent la garde de leur enfant? Les mères sont-elles plus disponibles et plus à même d'assurer une certaine stabilité? La discrimination entre hommes et femmes a-t-elle vraiment disparu?

1. Neue Erkenntnisse für die Kinderzuteilung, Vater und Mutter als gleichwertige Partner, Zurich 1985, cité par Stettler, 1987, p. 278.
2. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 25.
3. ATF 114 II 200 ss, c. 3. Cf., depuis, ATF 115 II 206 ss, c. 4a; 115 II 317 ss, c. 2; 117 II 353 ss.
4. ATF 115 II 206 ss, c. 4b, cité par le projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 25.
5. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 26 : En 1994, sur un total de 15'634 divorces, 7'983 divorces concernaient des couples avec enfants mineurs. Sur un total de 13'396 enfants concernés, 11'860 (soit 88,53 %) enfants ont été attribués à la mère, 1'484 (soit 11,08 %) enfants ont été attribués au père, 52 enfants ont été attribués à des tiers.

Il serait également souhaitable, pour l'intérêt de l'enfant, de considérer la capacité de chaque parent à favoriser les contacts de l'enfant avec le parent à qui il ne sera pas confié .

Dans ce sens, il est intéressant de constater que le projet souligne, que dans l'intérêt bien compris de l'enfant, les droits parentaux ne devraient pas être attribués au parent qui exploite les sentiments de l'enfant contre l'autre parent.

4.5.3 La convention proposée par les parents

La loi prévoit qu'il revient au juge et non aux parents seuls de décider de l'intérêt de l'enfant dans l'attribution des droits parentaux. « *De lege ferenda*, l'on ne saurait s'écarter du principe selon lequel il appartient au juge de prendre d'office les dispositions nécessaires pour assurer une répartition précise des droits parentaux » .

La solution qui consisterait à s'en remettre au bon vouloir des parents ou à n'intervenir qu'en cas de conflit majeur ne serait certes pas de nature à assurer convenablement la sauvegarde des intérêts du mineur. Le législateur doit cependant toujours garder à l'esprit que les dispositions légales n'ont pas pour finalité d'entraver la liberté d'action des parents capables de coopérer dans l'intérêt bien compris de l'enfant; leur rôle s'épuise dans la fourniture de réponses aussi claires et simples que possible aux rapports de force engendrés par les contentieux liés à un divorce .

Certains parents proposent au juge une convention portant sur tous les aspects du divorce, en particulier sur l'aspect de la répartition des droits parentaux.

Le juge ne s'écartera de la convention proposée librement par les parents que si les investigations ordonnées en cours de procédure l'obligent à conclure que les intérêts de l'enfant ne sont pas pleinement sauvegardés. Lorsque plusieurs solutions paraissent compatibles avec l'intérêt de l'enfant, la préférence sera donnée à celle qui se rapproche le plus des propositions formulées par ses père et mère. « Bien que l'intérêt des enfants soit seul décisif, l'accord des parents n'est pas sans importance : le juge l'homologuera quand bien même il aurait peut-être choisi une autre solution, si les dispositions convenues par les parties offrent autant de garanties pour le bien des enfants » .

Dans les divorces conflictuels, le juge ne devrait pas se contenter uniquement de l'audition des parents dans les cantons où la systématité de

1. Voir chapitre 2.1.

2. Stettler, 1987, p. 280.

3. Ibid., p. 280.

4. RO 94 II 1 (2) (f); dans le même sens déjà RO 60 II 171/JT 1935 I 9 et RO 93 II 158/JT 1969 I 187, cités par Stettler, 1987, p. 279.

l'évaluation sociale ne s'applique pas. Il peut également recourir aux divers instruments prévus à cet effet par la loi pour prendre une décision.

D'aucuns relèveront que du point de vue de la procédure les intérêts de l'enfant sont ainsi mieux sauvegardés dans les cas d'affrontement des parents que dans ceux où ils paraissent s'entendre sur les mesures à prendre. L'accord des parents, qui ne reflète pas nécessairement l'intérêt de l'enfant, ne saurait l'emporter sur les autres moyens de preuve. Il faut cependant reconnaître que les juges, dont la plupart ne disposent que de moyens d'investigations très limités, auront le plus souvent bien de la peine à déceler les vices dont l'accord pourrait être entaché ou le piège qu'il pourrait constituer pour l'enfant.

4.5.3.1 *Projet de révision du droit du divorce*

Se référant aux pressions qui peuvent être exercées par un conjoint sur l'autre, le projet maintient la constatation de l'échec du mariage par un tribunal, afin d'assurer au mieux les différents intérêts des membres de la famille et en particulier ceux des enfants. Concernant la convention des époux relative aux effets du divorce, « la maxime d'office s'applique en revanche sans restriction au sort des enfants. Les parties ne peuvent pas conclure de véritable convention sur ce point. Celles-ci se contentent dès lors de faire des propositions communes (cf. art. 133, 2e al.; cf. aussi art. 144 ss) ».

4.5.3.2 *Commentaires*

Il est heureux de constater que la loi répond à l'esprit des droits de l'enfant contenus dans la Convention des Nations Unies en se donnant la possibilité de vérifier systématiquement si l'accord des parents est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Il serait intéressant de pouvoir mieux cerner sur quels critères se base le juge pour « homologuer » ou refuser la convention proposée par les parents et quels sont les moyens qu'il se donne « pour déceler les vices dont l'accord pourrait être entaché ». Il apparaît qu'une évaluation approfondie de ces conventions, à la lumière de l'histoire conjugale et familiale, éviterait un certain nombre de demandes en modification du jugement de divorce souvent introduites par le parent « exploité » et soumis à des pressions lors de l'établissement de la convention. La non-résolution des conflits conjugaux se traduit souvent par un conflit parental, dont l'enfant est l'otage et le principal perdant.

1. Voir chapitre 4.5.9.

2. Stettler, 1987, p. 289.

3. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 143.

4.5.4 La continuité et la stabilité nécessaires à l'enfant

« La continuité de l'action éducative mais aussi la stabilité du cadre dans lequel évolue l'enfant » sont des facteurs de promotion d'un développement optimal de l'enfant, qu'il s'agisse du milieu familial, scolaire ou de celui dans lequel l'enfant passe ses loisirs.

Les impératifs de la stabilité et de la sécurité nécessaires à l'équilibre de l'enfant ont été invoqués pour renoncer définitivement à limiter dans le temps l'attribution des droits parentaux et pour justifier l'attribution de ces droits à un seul parent.

Ces impératifs sont également retenus pour déterminer que « l'attribution de l'autorité parentale au père expose l'enfant à des changements de milieu beaucoup plus fréquents que tel n'est le cas lorsqu'il est confié à la mère » .

[...] le TF a admis récemment que, du point de vue du bien de l'enfant, il pouvait se justifier qu'un enfant de quatre ans soit attribué à la mère, dont les conditions de vie se sont stabilisées par la suite d'un remariage, lors même que l'enfant a vécu pendant un peu plus de deux ans chez son père (et les parents de celui-ci), si parallèlement les conditions de vie du père sont près de se modifier profondément et d'une manière qui risque d'être préjudiciable à l'enfant .

4.5.4.1 Commentaires

L'ajustement de l'enfant à la situation de divorce dépend entre autres de la continuité et de la stabilité de sa vie quotidienne. Comme mentionné au point 4.5.2., afin d'éviter toute discrimination injustifiée fondée sur le sexe des parents, il convient d'évaluer minutieusement les réelles conditions d'accueil offertes par chacun des parents. Celles-ci sont intimement liées à la réorganisation des conditions de vie de la famille, qui comportent inévitablement un certain nombre de changements (situation économique, reprise — ou augmentation — d'un travail pour la mère, changement d'appartement, voire de réseau social, etc.). À titre d'illustration, l'attribution du logement familial au parent qui a la garde est généralement considéré comme un facteur de continuité et de stabilité pour l'enfant. Cependant, le maintien du logement peut impliquer une réduction quantitative, voire qualitative, de la présence de la mère auprès de l'enfant due à la nécessité d'une reprise d'activité professionnelle, et donc impliquer une certaine discontinuité dans le quotidien de l'enfant (par exemple placement).

-
1. Hausheer, 1983, p. 126, cité par Stettler, 1987, p. 284.
 2. Cf. notamment les chiffres fournis par Jorio, 1977, p. 287, cité par Stettler, 1987, p. 285.
 3. Cf. RO 112 II 381/JT, cité par Stettler, 1987, p. 285.

Les recherches en sciences sociales indiquent qu'en général dans le contexte de la garde, la stabilité et la continuité interpersonnelles peuvent être plus importantes au bien-être de l'enfant qu'un environnement physique stable .

4.5.5 Les garanties fournies par le milieu éducatif

Le juge doit prendre en compte la qualité des appuis éducatifs dont pourraient bénéficier l'un et l'autre parent de la part des membres de leur communauté familiale .

4.5.5.1 Commentaires

Ce critère appelle une définition de la qualité des appuis éducatifs qui ne se résume pas à la simple présence affective de grands-parents par exemple. En outre, il est fréquent que la communauté familiale de l'un ou des deux parents ne soit pas accessible du fait d'un éloignement géographique ou du décès de certains membres de la famille.

En outre, en cas de divorce conflictuel, il convient de s'assurer que les membres de la famille d'origine d'un des parents ne contribuent pas à attiser le conflit conjugal et à désavouer l'autre parent aux yeux de l'enfant. À nouveau, une évaluation transgénérationnelle du jeu familial serait recommandée.

4.5.6 Le maintien des liens de la fratrie

Afin de conserver les avantages que présente une éducation faite en commun et de maintenir les liens d'affection, « le juge évite en règle générale de les séparer »³ lorsqu'il y a plusieurs enfants.

Ce principe n'est plus guère contesté de nos jours encore qu'il revienne fréquemment à donner la préférence à la mère lorsque la fratrie est constituée d'enfants qui ne sont pas encore tous sortis de la phase du « jeune âge » .

4.5.6.1 Commentaires

Le maintien des liens entre la fratrie va dans le sens d'une stabilité des relations interpersonnelles. Il convient en effet de ne pas exposer l'enfant à une séparation supplémentaire. En cas d'écart d'âge important dans la fratrie et sur demande de l'un des membres de la famille (parent ou enfant), il convient tout de même d'évaluer si un tel choix répond bien aux besoins et à l'intérêt de chaque enfant.

1. Whobrey Rohman, Sales, & Lou, 1987, p. 77.

2. Stettler, 1987, p. 285.

3. RO 94 II 1 (3) (f), cité par Stettler, 1987, p. 286.

4. Hausheer, 1983, p. 127/128, cité par Stettler, 1987, p. 286.

4.5.7 La disponibilité des père et mère

Même si l'on a pas encore perçu toute la dimension de l'impact de la relation affective et de la disponibilité des parents sur le développement de l'enfant, il n'est pas exclu que « ce critère vienne peu à peu s'inscrire en correctif ou en tempérament de celui de la relation directe mère-enfant » .

De nombreux indices permettent de penser que la définition de l'intérêt de l'enfant sera de moins en moins tributaire du sexe des parents et de plus en plus dépendante de la qualité des échanges qu'ils auront su établir avec l'enfant, même pour celui qui serait encore d'âge pré-scolaire .

Selon Stettler (1987), il paraît difficile actuellement de disposer de moyens d'analyse suffisamment affinés pour cerner avec précision et avec une marge d'erreur réduite à l'acceptable quel parent offre des garanties supérieures en terme de disponibilité pour l'enfant. « Face au tâtonnement auquel les sciences socio-psychologiques sont encore souvent condamnées à s'adonner, il est tout à fait légitime que la jurisprudence n'évolue qu'à pas mesurés » .

Lorsque nous parlons de disponibilité, il ne s'agit pas seulement du temps que les père et mère sont en mesure de consacrer à l'enfant, mais aussi et avant tout de leur faculté d'écoute, de leur intérêt pour tout ce que vit l'enfant et de leur capacité de se remettre eux-mêmes en question .

4.5.7.1 Commentaires

Sur un plan quantitatif, la disponibilité des parents dépend largement de la profession exercée et de la situation économique. Cependant, la disponibilité du parent ne s'évalue pas seulement en fonction de la quantité de temps passé avec l'enfant, mais surtout en fonction de la disponibilité psychique et de la stabilité émotionnelle de chaque parent. Or, plusieurs études montrent qu'au moment du divorce (à court et moyen terme), la disponibilité d'une majorité de parents est fortement amoindrie par rapport aux besoins de l'enfant. Dans ces phases, les parents doivent eux-mêmes faire face aux bouleversements émotionnels et psychologiques liés à la rupture conjugale.

4.5.8 La faute conjugale

Jorio rejette toute idée de pénalisation du parent qui a fauté sur le plan conjugal. Selon cet auteur, dont nous partageons l'avis, le comportement des père et

1. Stettler, 1987, p. 287.
2. À ce propos, cf. en particulier l'évolution de la doctrine en RFA rapportée par Kaufmann, 1985, cité par Stettler, 1987, p. 287.
3. Stettler, 1987, p. 287.
4. Hegnauer, cf. Duss-von Werdt, Zurich 1986, p. 155, cité par Stettler, 1987, p. 287.
5. Voir chapitre 3.

mère ne doit être pris en compte que dans le cadre de la détermination de l'intérêt de l'enfant, soit en particulier dans l'évaluation des aptitudes éducatives et de la nature de l'influence exercée sur l'enfant .

4.5.8.1 Commentaires

Il peut arriver qu'une conduite addictive (alcool, drogue, etc.) ou une maladie mentale d'un des conjoints soit reconnue comme faute conjugale dans un jugement de divorce. Si la faute conjugale en tant que telle ne doit pas être retenue contre le parent concerné, il semble impératif de prendre en compte l'implication d'un tel profil sur l'exercice de la fonction parentale dans la détermination des aptitudes éducatives d'un parent.

4.5.9 L'instrumentalisation de la détermination de l'intérêt de l'enfant

Le juge dispose d'une série d'instruments pour lui permettre de déterminer au mieux l'intérêt de l'enfant afin de décider de l'attribution des droits parentaux : l'audition des parents, au besoin de l'autorité tutélaire, l'évaluation sociale et l'expertise médico-psychologique, l'audition des témoins cités par les parties ou convoqués d'office et, au besoin, l'audition de l'enfant ou l'inspection oculaire.

Lorsque le juge est confronté à un « divorce-combat », il ne pourra que rarement se contenter de l'audition des parents, aussi fouillée soit-elle, pour réunir les éléments d'appréciation nécessaires à la détermination de l'intérêt de l'enfant. Suivant la complexité du cas, il chargera l'autorité tutélaire ou un service de protection de la jeunesse de l'exécution d'une évaluation sociale du milieu familial, il confiera un mandat d'expertise médico-psychologique à un service spécialisé, il entendra des témoins cités par les parties ou convoqués d'office et il recourra, au besoin, à l'audition de l'enfant ou à l'inspection oculaire. D'aucuns relèveront que du point de vue de la procédure les intérêts de l'enfant sont ainsi mieux sauvegardés dans les cas d'affrontement des parents que dans ceux où ils paraissent s'entendre sur les mesures à prendre .

L'audition des parents

Étant donné la surcharge des tribunaux due à l'accroissement du nombre des divorces, il est probable que « de nombreux juges aient relégué dans beaucoup de cas l'audition des parents au rang d'une formalité procédurale » .

L'audition de l'autorité tutélaire

« L'audition de l'autorité tutélaire s'impose dans tous les cas où elle a déjà été appelée à intervenir avant la procédure en divorce » . L'évaluation

1. Jorio, 1977, p. 296, cité par Stettler, 1987, p. 288.
2. Stettler, 1987, p. 289.
3. Ibid., p. 288.
4. Ibid., p. 290.

sociale peut être confiée à l'autorité tutélaire lorsque le juge ne peut avoir recours aux prestations d'un service spécialisé.

L'évaluation sociale

Le juge demande une évaluation sociale à un service de protection de la jeunesse s'il l'estime nécessaire et souvent à l'occasion des divorces conflictuels.

Pour que l'évaluation sociale débouche sur une appréciation crédible du milieu familial et des qualités éducatives respectives des deux parents, il paraît des plus souhaitable qu'elle soit précédée de la recherche de l'établissement d'une relation de confiance entre le mandataire et ses interlocuteurs .

L'expertise médico-psychologique

L'expertise médico-psychologique ne devrait entrer en considération « que pour les cas pathologiques dans lesquels le développement de l'enfant paraît sérieusement compromis » .

Le juge ne doit pas céder à la tentation de confier à l'expert la responsabilité de la décision qui lui appartient et pour laquelle il est inutile de requérir l'avis de spécialistes³ lorsque la situation ne laisse planer aucun doute quant à l'intérêt de l'enfant .

Les parties devraient être renseignées sur le contenu de l'évaluation sociale ou de l'expertise médico-psychologique, « le juge étant tenu de leur donner l'occasion d'exprimer leur avis par rapport aux conclusions formulées » .

L'audition de témoins

L'audition de témoins se révèle parfois problématique « en raison du caractère fragmentaire, voire anecdotique, des informations apportées au juge concernant les rapports existant entre l'enfant et ses deux parents » .

L'audition de témoins a souvent lieu, en raison des exigences posées par la procédure cantonale en matière de preuve, pour que ceux-ci viennent confirmer des déclarations faites dans le cadre de l'évaluation sociale ou de l'expertise ordonnée par le juge. L'auteur du rapport d'évaluation ou de l'expertise peut être tenu à en faire de même pour les observations faites au cours de l'exécution de la mission [...] .

L'audition informelle de l'enfant

Les dispositions cantonales de procédure n'autorisent pas le juge à citer l'enfant en qualité de témoin. « Les réserves qui peuvent être exprimées à

1. Vogel, 1986, p. 616, cité par Stettler, 1987, p. 291.

2. Stettler, 1987, p. 291.

3. Cf. RO 112 II 381 (384)/JT, cité par Stettler, 1987, p. 291.

4. Stettler, 1987, p. 291.

5. Ibid., p. 291.

6. Ibid., p. 292.

l'égard de la valeur de tels témoignages et les dégâts psychologiques qu'ils engendrent le plus souvent chez les intéressés sont trop connus pour qu'il soit bien utile d'y revenir ici » .

Cependant, afin de réunir de précieuses informations sur le cadre de vie de l'enfant et sur la nature des relations existant avec les deux parents, l'audition informelle de l'enfant est possible selon l'article 156 CC (bien que cette disposition ne le précise pas formellement), « opérée par une personne mandatée à cet effet, ou par le juge lui-même (éventuellement conjointement avec le représentant du service social désigné) » .

Pratiquement cette audition est le plus souvent assumée par le travailleur social chargé de l'évaluation sociale. Elle devrait, à notre avis, constituer la règle à partir du moment où l'enfant est capable de discernement; des précautions particulières s'imposent toutefois au regard de la fragilité de sa personnalité pour éviter qu'il n'acquière le sentiment d'avoir lui-même suscité la décision finale du juge et d'avoir ainsi pris parti pour l'un de ses parents .

La question est souvent posée de savoir si le juge peut prendre en compte les désirs des enfants. Selon Bourgknecht, qui se réfère à l'avis de Bühler/Spühler, « une réponse affirmative doit être donnée pour autant que ceux-ci aient un âge qui leur permette de les exprimer en toute indépendance, en toute connaissance de cause et en fonction de leur avenir »⁵ Mais là encore l'on en revient au critère de l'intérêt bien compris de l'enfant .

L'inspection oculaire

L'inspection oculaire permettant au juge lui-même de se rendre sans préavis dans le milieu familial, scolaire ou sur le lieu des loisirs de l'enfant pour obtenir des renseignements de première main et « enregistrer sur place les éléments d'appréciation nécessaires à la décision » , paraît peu ou pas pratiquée.

Cette inspection oculaire paraît certes indiquée lorsque des circonstances particulières, notamment des contestations relatives à l'encadrement et au comportement de l'enfant placent son évolution dans le cadre naturel sur le devant de la scène. Il est cependant douteux qu'elle puisse se substituer à une évaluation sociale effectuée dans les conditions précitées. Le caractère limité, et parfois trompeur, des informations recueillies au cours des visites surprises recommande également une certaine prudence quant aux conclusions qui s'en dégagent .

1. Stettler, 1987, p. 292.

2. Ibid., p. 292.

3. Vogel, 1986, p. 623, cité par Stettler, 1987, p. 292.

4. Bourgknecht, 1981, p. 93 cité par Stettler, 1987, p. 293.

5. Stettler, 1987, p. 293.

6. Ibid., p. 293.

7. Ibid., p. 293.

4.5.9.1 Droit de l'enfant d'être entendu à Genève

Une nouvelle loi, entrée en vigueur le 19 avril 1997 et modifiant la loi de procédure civile genevoise, permet et régleme nte l'audition de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents.

Article 389 A LPC

al. 1. Lorsque leur intérêt le rend nécessaire, le juge entend les enfants communs des époux, le cas échéant avec le concours d'un spécialiste, en relation avec les questions de l'attribution de l'autorité parentale et de la garde, ainsi que du droit de visite.

al. 2. L'audition a lieu en principe hors de la présence des parties et de leurs avocats.

al. 3. L'enfant est avisé de ce qu'il est entendu à titre d'information, qu'il peut refuser de comparaître ou de répondre et qu'il peut s'opposer à ce qu'un procès-verbal de ses dires soit dressé. Dans ce cas, le juge peut verser au dossier un résumé de l'entretien, dont il donne connaissance au mineur.

Cette nouvelle loi de procédure civile est plus restrictive que l'article 12 de la Convention; elle suscite un certain nombre d'interrogations auxquelles seule son application permettra de répondre.

La notion subjective de l'intérêt de l'enfant est à nouveau invoquée, sans être précisée, pour déterminer la nécessité de son audition.

Par ailleurs, il semble que certains juges souhaitent pratiquer cette audition eux-mêmes, alors que d'autres choisiront de la confier à un spécialiste. Les enfants risquent ainsi d'être soumis à un traitement différent.

Certes le juge doit, en toutes circonstances, être informé de ces faits importants que constituent la volonté, les préférences, les sentiments de l'enfant. Mais le plus souvent les spécialistes de la pédo-psychiatrie ou les experts professionnels de l'écoute enfantine, sont mieux qualifiés pour effectuer cette recherche sans risques, d'abord parce qu'ils disposent des compétences requises. Ce n'est pas d'un jour à l'autre qu'il sera possible de former en Suisse des juges de la famille disposant des qualifications pluridisciplinaires nécessaires.

4.5.9.2 Projet de révision du droit du divorce

Rappelons que le projet prévoit lors de l'attribution de l'autorité parentale et du règlement des relations personnelles, le fait que le juge tienne compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant et qu'il prenne en considération, autant que possible l'avis de l'enfant (art. 133).

-
1. Voir par exemple Perrin, 1997.
 2. Perrin, 1997, p. 225-226.

Le recours à un expert

Le projet prévoit à l'article 145 que « le juge doit établir d'office tous les faits importants pour les décisions relatives aux enfants » et apprécie librement les preuves par l'interrogatoire des parents et de l'enfant en premier lieu. Il prévoit également (art. 145 al. 2) que le juge peut faire appel à des experts, ce qui constitue un moyen de preuve comme d'autres, par exemple l'interrogation de témoins.

La collaboration des services chargés de l'aide à la jeunesse

Le projet institutionnalise la pratique de la collaboration avec les services chargés de l'aide à la jeunesse (art. 146), pratique qui existe déjà dans plusieurs cantons.

L'autorité tutélaire ou un autre service chargé de l'aide à la jeunesse désigné par le droit cantonal doit avoir l'occasion, lorsque les parties au divorce ont des enfants mineurs, de porter à la connaissance du juge du divorce les faits qui sont importants pour régler le sort des enfants. L'autorité tutélaire, ou un autre service désigné par le droit cantonal, informera également le juge lorsqu'il n'a connaissance d'aucun fait important .

L'audition de l'enfant

Se basant notamment sur l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et sur le rapport fédéral « Enfance maltraitée »³, le projet accorde une importance nouvelle à la parole de l'enfant en introduisant la possibilité d'entendre « les enfants personnellement et de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition ou n'exigent pas qu'elle soit menée par un tiers » (art. 144 al. 2)

Tenir compte de l'opinion de l'enfant ne signifie toutefois pas qu'il faut lui demander s'il veut continuer à vivre auprès de son père ou de sa mère. En raison de la charge psychologique que cela représente, on ne peut en général attendre de jeunes enfants qu'ils prennent une telle décision. Le juge doit plutôt se faire une idée de l'importance qu'ont les parents aux yeux de l'enfant. Il est essentiel que le juge ne soit pas lié par l'avis de l'enfant. Mais si un enfant d'un certain âge exprime une opinion tranchée, le juge doit motiver une éventuelle décision contraire. Au surplus, la position de l'enfant dans la procédure de divorce est sensiblement améliorée par la possibilité d'une représentation par un tiers (cf. art. 147 s.) .

Le mode d'audition dépend essentiellement de l'âge, du développement intellectuel et des données individuelles de l'enfant. [...] L'audition ne devrait en

-
1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 148.
 2. Ibid., p. 149.
 3. Enfance maltraitée en Suisse, Rapport final présenté au chef du Département fédéral de l'intérieur, Berne, juin 1992.
 4. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 128.

principe pas se dérouler dans la salle d'audience, mais dans un environnement plus adéquat (par exemple dans le bureau du juge, voire à l'extérieur du palais de justice). Le juge est libre d'entendre les enfants en présence de leurs parents ou non. On renoncera aux auditions par l'ensemble du tribunal. L'âge de l'enfant ou d'autres motifs importants (par exemple le refus de l'audition par l'enfant) peuvent justifier que l'on renonce à l'audition. Cette décision ne peut être prise que compte tenu des circonstances du cas particulier et doit être laissée à la libre appréciation du juge; c'est pourquoi on a renoncé à fixer une limite d'âge précise, [...].

Bien que cette audition doive en principe incomber au juge, le projet prévoit que pour des motifs importants (âge de l'enfant, situation spéciale, exigence d'un sens psychologique particulier), il serait plus approprié qu'elle soit menée par un tiers (psychologue pour enfant, assistant social). Divers participants à la procédure de consultation dans le cadre de l'élaboration du projet, ont mis en doute la qualification professionnelle des juges pour mener l'audition de l'enfant.

Quant aux juges appelés à procéder à des auditions d'enfants, on peut attendre d'eux qu'ils suivent une formation complémentaire en vue de disposer des qualifications nécessaires .

La nomination d'un curateur

Le projet réaffirme la sauvegarde des intérêts de l'enfant et part du principe que l'application stricte de la maxime d'office et de la maxime inquisitoire ne suffit pas toujours. Se basant à nouveau notamment sur une recommandation du Groupe de travail « Enfance maltraitée »³ ainsi que sur l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, « le projet prévoit que le juge doit ordonner la représentation de l'enfant dans le procès en divorce des parents »⁴ (art. 147), comme une obligation qui existe à certaines conditions déterminées.

Le projet prévoit quatre cas dans lesquels le juge peut et doit ordonner que l'enfant soit représenté (art. 147, ch. 1 à 4).

Le chiffre 1 concerne le cas où les père et mère déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou à des questions importantes concernant les relations personnelles [...].

Le chiffre 2 donne à l'enfant capable de discernement⁵ le droit de demander lui-même un représentant (cf. art. 16 et 19, 2e al., CC).

-
1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 147.
 2. Ibid., p. 148.
 3. Enfance maltraitée en Suisse, Rapport final présenté au chef du Département fédéral de l'intérieur, Berne, juin 1992, p. 102 cité par le projet du Conseil fédéral, 1995, p. 150.
 4. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 149.
 5. Ibid., p. 151.

Le chiffre 3 en donne la possibilité à l'autorité tutélaire lorsque des motifs importants le justifient, la demande seule ne suffisant pas, l'autorité tutélaire devant « expliquer pourquoi il est nécessaire que l'enfant soit représenté ».

Le chiffre 4 règle le cas où les père et mère déposent des conclusions communes sur les éléments importants pour le sort des enfants (autorité parentale, questions essentielles concernant les relations personnelles), mais que l'ensemble des circonstances font sérieusement douter du bien-fondé de ces conclusions ou justifient l'examen de la nécessité de prononcer une mesure de protection de l'enfant .

Une fois la représentation de l'enfant ordonnée, l'autorité tutélaire nommera un curateur (art. 148 al. 1) qui « pourra déposer des conclusions et interjeter des recours sur des questions relatives à l'attribution de l'autorité parentale, à des questions essentielles concernant les relations personnelles et aux mesures de protection de l'enfant (art. 148, 2e al.) » . Il est également prévu que les frais de procédure et les dépens ne seront pas à la charge de l'enfant.

Examen par le Conseil des États

Concernant l'écoute de l'enfant, l'article 144 al. 2 a été modifié et prévoit que « le juge ou un tiers nommé à cet effet entendent les enfants personnellement, de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition » . Cette proposition ne différencie plus la valeur de l'audition selon qu'elle soit réalisée par le juge ou par un tiers.

Concernant le recours à l'expert (art. 145) et la collaboration des services chargés de l'aide à la jeunesse (art. 146), le Conseil des États a proposé de les regrouper en une seule disposition .

L'article 147 concernant la représentation de l'enfant a été modifié de manière conséquente et présente « l'avantage d'élargir le cadre des possibilités de nommer un curateur à l'enfant » .

Le Conseil des États propose que l'intervention d'un curateur soit ordonnée « pour des motifs importants » (al. 1). Elle devra être particulièrement examinée lorsque l'opinion des père et mère divergent quant à l'autorité parentale ou aux relations personnelles; lorsque l'autorité tutélaire le requiert; lorsque les conclusions des parents semblent mal fondées ou qu'une mesure de protection de l'enfant apparaît comme nécessaire (al. 2). Enfin, le juge ordonnera une curatelle lorsque l'enfant capable de discernement le requiert (al. 3) .

1. Projet de révision du droit du divorce, 1995, p. 151.

2. Ibid., p. 149.

3. Tiré du Bulletin suisse des droits de l'enfant (DEI), 1997, p. 9.

4. Ibid., p. 9.

5. Bulletin suisse des droits de l'enfant (DEI), 1997, p. 9.

6. Ibid., p. 9.

4.5.9.3 *Commentaires*

Du point de vue de l'enfant, il est probable que ce dernier n'établisse pas une distinction claire entre le fait d'être entendu comme « témoin » au sens juridique du terme ou d'être entendu dans le cadre d'une « audition informelle ». Cependant il est primordial que le juge spécifie bien qu'il est seul décisionnaire concernant l'attribution des droits parentaux.

Le juge examine d'office, dans l'intérêt de l'enfant, la question de l'attribution des droits parentaux même en cas d'accord des parents. Afin de réduire la part de subjectivité (valeurs personnelles relatives à l'éducation des enfants et à un schéma de vie familiale) inhérente à toute conception de l'intérêt de l'enfant, il paraît nécessaire que des lignes directrices soient établies.

Ces lignes directrices devraient par exemple aider le juge à décider dans quelle situation une évaluation sociale est requise, dans quelle situation une expertise médico-psychologique doit être demandée ou encore pour aider le juge à déterminer quand l'accord des parents est réellement compatible avec l'intérêt de l'enfant.

De manière générale, le projet s'inscrit bien dans l'esprit de la Convention relative aux droits de l'enfant. Les conditions de l'audition de l'enfant ainsi que celles présidant à la nomination d'un curateur pour le représenter semblent tout-à-fait appropriées et bien pensées. Il est réjouissant de constater que l'avis de nombreux spécialistes dans des domaines divers a été retenu pour l'élaboration de ce projet.

SYNTHÈSE ET DISCUSSION

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que contenu dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989) constitue un choix et un progrès de société indiscutables. Le *présupposé de compétence* de l'enfant à s'exprimer sur les questions qui affectent sa vie, dont celles qui se posent au moment du divorce, constitue également un choix de société qui, à la fois, reflète et détermine la place et le statut accordés à l'enfant.

Le choix de la meilleure solution ou de la *solution la moins nocive* pour un enfant dans une situation donnée reste la plupart du temps indéterminé et spéculatif. Un tel jugement est le plus souvent influencé par des valeurs personnelles et subjectives. Si l'on prend comme exemple le choix de pratiquer une amputation susceptible de prolonger brièvement la vie d'un enfant souffrant d'un cancer en phase terminale, il sera considéré comme une décision prise dans son intérêt du point de vue de celui qui accorde une valeur prépondérante à la longévité. Par contre, cette solution sera rejetée et considérée comme n'allant pas dans son intérêt par celui qui accorde une plus grande valeur à la qualité de la vie.

Étant donné la nature subjective de telles décisions, il semble raisonnable que, dans une société concernée par la protection des intérêts supérieurs de l'enfant, lui soit donnée une opportunité d'exprimer des préférences et des priorités personnelles. Le degré auquel il faudrait contrôler ou donner du poids aux préférences de l'enfant serait à mettre en relation partiellement avec sa capacité à prendre des décisions significatives pour son propre bien-être.

La loi présume de manière générale que les parents, ou l'État quand il se substitue à eux, ont la capacité et la motivation pour déterminer et agir en accord avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais, certaines situations

-
1. Mnookin, 1978, cité par Weithorn, 1983.
 2. Weithorn, 1983, p. 240.

présentent un *conflit d'intérêts* entre parents et enfant. Il en est ainsi lorsque deux parents qui divorcent veulent la garde de l'enfant.

La question de la subjectivité dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, ainsi que celle des conflits d'intérêts potentiels étant admises, il peut être argumenté que l'implication d'un enfant dans les décisions qui affectent son propre bien-être, en tant que processus, est une démarche qui concourt à son intérêt supérieur.

La dépendance de l'enfant à l'adulte ne justifie pas qu'on dénie à l'enfant le droit à la parole. Dans ce sens, la *subjectivité* de l'enfant doit être considérée au même titre que celle de l'adulte dans les décisions concernant son bien-être.

Dans une perspective juridique, la question des droits de l'enfant implique inévitablement sa participation. Or, nous avons vu qu'en Suisse sur le plan légal en matière d'attribution des droits parentaux dans la procédure de divorce, l'enfant n'est pas encore considéré comme un participant à la réorganisation de ses liens avec ses parents.

L'argument du *conflit de loyautés* de l'enfant et celui de son sentiment de responsabilité dans la décision sont souvent invoqués pour justifier sa non participation à la procédure de divorce.

Comme déjà mentionné, le conflit de loyautés est inhérent à de nombreuses situations de la vie de l'enfant, dont celle de la séparation parentale. Il semble erroné de faire une équation entre l'écoute de l'enfant et l'émergence d'un conflit de loyautés. Si le fait de donner la parole à un enfant concernant les aspects du divorce qui l'affectent directement (garde et droit de visite) « peut », dans certaines situations, exacerber un conflit de loyautés inévitablement présent, celui de ne pas l'entendre « peut » également avoir cet effet. Dans le même sens, tant l'écoute que la non-écoute « peuvent », dans d'autres situations, certainement contribuer à réduire ce conflit de loyautés.

S'il apparaît impératif en cas de divorce d'éviter absolument pour la survie psychologique et affective de l'enfant de le mettre dans une position impossible en lui demandant de choisir entre ses deux parents, cela n'implique pas pour autant que l'avis de l'enfant ne soit pas recueilli. Par contre, cela justifie que l'enfant ne soit pas mis

dans la position de celui qui doit prendre la décision. De plus, la question posée à l'enfant devrait être formulée de telle façon qu'il ne soit pas amené à être déloyal à l'un ou l'autre de ses parents. [...] la loyauté pour ces deux parents est d'un intérêt central et vital et doit être respectée [...] Il est vital que l'enfant sache qu'aucun de ses parents ne pourra être remplacé .

1. Van Heusden, & Van den Eerenbeemt, 1994, p. 42-43.

Si les débats sur *l'écoute et la participation* de l'enfant se sont essentiellement focalisés sur la définition de ses *compétences* et de ses *vulnérabilités*, un réel débat sur les compétences de l'adulte qui pratiquerait l'écoute de l'enfant n'a pas encore eu lieu.

La non-participation de l'enfant pourrait priver tant le juge que ses parents, d'informations importantes et utiles pour décider de la vie future de l'enfant. En partant de l'idée du choix de la solution la moins nocive pour l'enfant, la question centrale à laquelle il convient de tenter de répondre est la suivante :

Dans le cadre d'une procédure en divorce, la participation de l'enfant à la réorganisation des liens avec ses deux parents est-elle réellement plus nocive pour son développement et son ajustement que sa non-participation ?

1. Écoute et participation de l'enfant en matière d'attribution de l'autorité parentale

Sur le plan juridique, l'autorité parentale est constituée d'un faisceau de responsabilités et de pouvoirs. Sur le plan psychologique, cette notion équivaut à la notion de fonction parentale d'encadrement du développement de l'enfant par les parents. Les fonctions du couple parental doivent subsister au-delà de la rupture du couple conjugal. La construction de l'identité de l'enfant exige une qualité, une cohérence et une continuité dans les soins qui lui sont donnés et dans les relations avec ses parents.

L'encadrement du développement de l'enfant constitue une co-responsabilité et un devoir commun des parents et fonde ainsi la différenciation des générations essentielle à la structuration de la personnalité. Le respect des frontières générationnelles, de la différenciation des rôles entre parents et enfant, participe également à la construction de l'identité de l'enfant, de son autonomie et de ses compétences propres.

Dans ce sens, la non participation de l'enfant à la détermination de l'autorité parentale, qui est exclusivement du ressort de la responsabilité et du devoir des parents, apparaît comme la solution la moins nocive dans l'intérêt bien compris de l'enfant.

Pour ces mêmes raisons, l'autorité parentale devrait par principe être attribuée de manière conjointe aux parents, afin que leurs responsabilités et leurs devoirs soient reconnus, admis et garantis sur le plan social et légal. Selon l'article 18 de la Convention, la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef et conjointement aux deux parents, l'État devant les aider à accomplir cette tâche.

2. Écoute et participation de l'enfant en matière d'attribution de la garde

Sur le plan juridique, la garde de l'enfant implique principalement le lieu de vie de l'enfant et donne au parent qui en est titulaire la compétence pour décider du mode d'encadrement de l'enfant et pour exercer les droits et responsabilités liés à ses soins et à son éducation quotidienne.

Sur le plan psychologique, comme pour l'autorité parentale, cette notion recouvre la fonction parentale d'encadrement du développement de l'enfant. Néanmoins, sur le plan symbolique, le parent gardien ne peut en aucun cas assumer ni remplacer aux yeux de l'enfant le rôle et la fonction parentale de l'autre parent. La garde doit tenir compte de la temporalité propre à l'enfant. Elle se traduit tant dans les actes de la vie quotidienne que dans la disponibilité psychique et physique des parents à l'égard de l'enfant. Elle nécessite une certaine continuité et une stabilité de son environnement socio-affectif.

D'une certaine manière, l'attribution juridique de la garde détermine largement la vie quotidienne de l'enfant. Dans ce sens, il semble opportun d'offrir à l'enfant un espace d'écoute visant à appréhender la manière dont il conçoit ses besoins et ses désirs. Il ne s'agit nullement de demander à l'enfant de choisir s'il veut vivre chez son père ou sa mère, mais plutôt d'appréhender par des questions ouvertes les avantages et les inconvénients de vivre avec l'un ou l'autre de ses parents. Cet échange avec l'enfant ne devrait pas se limiter aux relations familiales et à l'implication de chaque parent dans sa vie quotidienne, mais devrait également porter sur ses relations avec les familles élargies des parents, et être étendue au domaine scolaire, au domaine des loisirs, au domaine religieux et aux amitiés personnelles de l'enfant.

3. Écoute et participation de l'enfant concernant les modalités de l'exercice du droit de visite

Sur le plan juridique le droit aux relations personnelles est le droit du parent d'entretenir avec l'enfant qui n'est pas sous sa garde des relations personnelles. Le juge détermine la fréquence du droit de visite.

Sur le plan psychologique, chaque parent a une influence et un rôle différents sur la construction de l'identité de l'enfant. Il apparaît donc fondamental qu'il conserve des relations avec ses deux parents et ses deux lignées familiales. Il serait même recommandé de reconnaître à l'enfant un droit aux relations personnelles, permettant de rappeler un parent démissionnaire à l'ordre par voie juridique. L'article 9 de la Convention stipule le droit de l'enfant de maintenir des contacts avec ses deux parents, s'il est séparé de l'un d'entre eux ou des deux.

Comme pour l'attribution du droit de garde, l'écoute et la participation de l'enfant à la détermination des modalités de l'exercice du droit de visite sont souhaitables. À nouveau, il ne s'agit nullement de demander à l'enfant de choisir s'il veut ou non rendre visite au parent non gardien, mais plutôt d'appréhender par des questions ouvertes la manière dont l'enfant souhaiterait maintenir le contact avec le parent non gardien. Il s'agirait également de cerner avec lui comment concilier le maintien de cette relation avec ses besoins et ses désirs en terme de loisirs.

4. Cadre de l'écoute et de la participation de l'enfant dans la procédure de divorce

La législation suisse ne prévoit actuellement ni l'écoute systématique de l'enfant, ni l'évaluation socio-psychologique systématique de la situation familiale pour déterminer l'attribution des droits parentaux et les modalités de l'exercice du droit de visite.

La Suisse ayant récemment ratifié la Convention, tant la législation fédérale que les législations cantonales concernant l'écoute et la participation de l'enfant dans les procédures de divorce doivent être aménagées en fonction de l'article 12 qui prévoit le droit de l'enfant capable de discernement à exprimer son opinion et de la voir prise en considération dans toute question ou procédure le concernant.

L'écoute et la prise en compte de l'opinion de l'enfant sont donc basées sur la notion juridique de capacité de discernement. Le droit suisse en fait état, sans toutefois définir cette notion de manière précise; il laisse aux magistrats et praticiens de la protection de l'enfance le soin de se déterminer librement dans chaque cas particulier.

La notion juridique de capacité de discernement peut être considérée comme équivalente à la notion psychologique de compétence. Sur la base des théories et des recherches sur le développement cognitif, tous les auteurs suggèrent que les enfants âgés de 14 ans et plus possèdent des capacités cognitives et intellectuelles équivalentes à celles des adultes. Presque tous les auteurs reconnaissent que beaucoup d'enfants atteignent même dès l'âge de 12 ans ce niveau de fonctionnement cognitif.

Si les compétences cognitives sont l'un des éléments à prendre en compte pour déterminer la compétence de l'enfant, elles ne doivent pas être dissociées du niveau de développement psychique et affectif de l'enfant. L'influence des variables situationnelles doit également être considérée.

-
1. de Saussure-Naville, L., (1995). Quelques éléments juridiques relatifs à la capacité de discernement de l'enfant. Document de travail interne dans le cadre du groupe IDEE, Genève.
 2. Weithorn, 1983.

Même si l'enfant de moins de 12 ans n'a pas encore acquis certaines capacités de raisonnement cognitif, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'ait pas déjà une représentation sur sa situation personnelle, ce dès le plus jeune âge. Il est évident que l'âge et surtout le stade du développement affectif et cognitif de l'enfant induit des variations dans sa capacité à interpréter et à comprendre la situation du divorce de ses parents et à gérer l'anxiété qui y est associée. De plus, les facteurs individuels comme le tempérament et le fonctionnement psychologique ainsi que les facteurs contextuels influencent l'intensité de la réaction d'un enfant.

Au vu de ce qui précède, le principe de l'écoute de l'enfant dès qu'il est en âge de s'exprimer devrait être posé et le droit au silence respecté. Le décodage et l'interprétation du discours — ou du refus de parler de l'enfant — nécessite avec évidence certaines compétences spécifiques.

La réflexion sur la notion d'écoute et de participation de l'enfant dans les procédures de divorce doit donc porter sur deux niveaux (au moins) :

1. Par rapport à l'enfant, il faut évaluer, à l'aide de l'étude systématique des variables individuelles, familiales, sociales, environnementales et juridiques à prendre en compte, si la participation de l'enfant va dans le sens ou à l'encontre de son intérêt, de ses besoins et de ses désirs. Une fois, ces variables déterminées, l'impact individuel et familial engendré par sa participation ou sa non participation à la procédure doit encore être évalué à court, moyen et long termes. Dans ce sens, il s'agit de promouvoir une doctrine relevant de la « justice thérapeutique » en adaptant aux caractéristiques spécifiques de l'enfant les procédures de divorce auxquelles il participe.
2. Par rapport aux professionnels amenés à pratiquer l'écoute de l'enfant, il convient de déterminer le rôle de l'« écouteur », les qualités et la formation requises pour cette tâche, ainsi que les modalités de l'audition de l'enfant.

L'écouteur devrait entre autres pouvoir distinguer dans les besoins et les désirs de l'enfant ceux qui vont dans le sens de son intérêt et ceux qui s'y opposent. En cas de conflit entre besoins et désirs de l'enfant, ou en cas de conflit avec ceux de l'un et/ou l'autre des parents, il convient de pouvoir adopter la solution la moins préjudiciable pour lui. Cette évaluation doit tenir compte des particularités de la situation actuelle de l'enfant et dans la mesure du possible de son développement futur. De plus, le conflit de loyautés pour l'enfant étant inhérent à la situation de divorce, la détermination de son intérêt nécessite l'évaluation des jeux relationnels familiaux dans lesquels il est impliqué.

Il convient également de poser certaines règles éthiques par rapport au traitement de la parole de l'enfant par les professionnels; dans ce sens,

1. Voir chapitre 3.1.3.2.

2. Pour plus de détails concernant cette approche, consulter Wexler (1991).

il s'agit de déterminer les conditions et la manière de transmission de la parole de l'enfant au juge afin que sa prise en compte dans la procédure de divorce soit toujours absolument respectueuse de l'intérêt de l'enfant. Il paraît également nécessaire de délimiter les champs d'action et les compétences de chaque profession et de les coordonner.

Afin de mieux prendre en compte les différents intérêts en jeu dans le divorce et notamment celui de l'enfant, plusieurs modalités de formation et une organisation du travail dans le « système du divorce » pourraient être envisagées :

- Une formation spécifique aux différents aspects du divorce en fonction du rôle et du mandat de chacun paraît souhaitable pour tous les intervenants impliqués dans la procédure au titre d'évaluateur, d'expert, de juge, d'avocat (pour enfant et pour adulte). Idéalement, une formation commune interdisciplinaire devrait lui succéder afin de permettre une reconnaissance des compétences et des limites de chaque rôle professionnel. Cette formation devrait comprendre à la fois des enseignements théoriques et des mises en situation pratiques portant sur l'intervention du réseau des professionnels impliqués.
- Afin de préserver au mieux l'intérêt de l'enfant et de lui garantir une participation optimale à la procédure de divorce de ses parents, il serait intéressant que les juges puissent disposer d'équipes interdisciplinaires spécialisées dans l'écoute de l'enfant et dans l'évaluation des jeux familiaux. Directement rattachées au tribunal, ces équipes devraient comprendre au moins un/une psychologue, un/une travailleur (euse) social(e), un/une juriste, un/une (pédo)-psychiatre, un/une pédiatre. Ces organes seraient directement mandatés par le juge pour les évaluations portant sur l'attribution des droits parentaux et pourraient également se voir confier des missions d'expertises médico-psychologiques et d'évaluations sociales. L'interdisciplinarité de ces équipes devrait permettre des évaluations psychosociales conjointes avec l'avantage de réaliser dans le même temps une évaluation sociale et une expertise psychologique et/ou psychiatrique.

Dans l'éventualité où elles seraient mises en place, ces deux propositions, ainsi que la pratique de l'écoute de l'enfant telle que définie plus haut, nécessiteraient une évaluation de leur bien-fondé afin de s'assurer qu'elles répondent — mieux que les pratiques actuelles — aux besoins de l'enfant et dans ce sens, soient dans son intérêt.

1. Duss-von Werdt, 1991.
2. Au niveau de la gestion pratique de la collaboration entre professionnels, l'interdisciplinarité permet de trouver des solutions, des interventions, des compréhensions communes d'une situation tout en respectant la spécificité professionnelle de chaque intervenant. (voir entre autre Delattre, 1989, Rege Collet, 1992, cités par Rey, 1993).

4.1 *Ce qu'il reste encore à définir...*

Les propositions faites ci-dessus nécessitent une réorientation et une re-dimensionnalisation des pratiques professionnelles actuelles du « système du divorce ». Si la qualité des évaluations s'en trouvait améliorée, les coûts financiers et l'engagement personnel nécessaire seraient augmentés. Il est important de pouvoir concilier la qualité de cette évaluation avec un délai d'attente supportable pour l'enfant. Il est cependant possible qu'une telle pratique constitue une forme de prévention qui pourrait contribuer à diminuer d'une part, sur le plan juridique, le nombre des demandes en modification du jugement de divorce dans des situations encore très conflictuelles après le divorce, et d'autre part, sur le plan médico-psycho-social, le nombre des consultations et des interventions de tout ordre (placements, mandats tutélares, etc.).

Ces propositions soulèvent également la question de la systématique de telles évaluations et de l'ingérence de l'État dans la sphère familiale. Si l'on considère le processus de divorce sous l'angle de ses implications psychologiques sur tous les membres de la famille, une évaluation de toutes les familles pourrait trouver une légitimité. Cependant, une telle systématique serait abusive si l'on prend en compte les arguments sociologiques qui considèrent le divorce comme une des issues possibles voire probable du mariage. Dans ce cas, il resterait à définir sur quels critères se baserait le juge pour demander cette évaluation.

Concernant la prise en compte du point de vue de l'enfant dans le divorce, il serait nécessaire de définir précisément qui du juge, du travailleur social, de l'expert ou de l'avocat d'enfant serait le plus à même de pratiquer l'écoute de l'enfant. Dans l'intérêt de l'enfant, il est nécessaire d'éviter que tous les intervenants du système du divorce ne pratiquent cette écoute. Par contre, le professionnel chargé de cette tâche serait garant de la circulation de l'information nécessaire à chaque professionnel.

Étant donné la législation suisse actuelle, les avocats ne peuvent pas encore représenter l'enfant dans une procédure de divorce. Cette nouvelle pratique suscite un certain intérêt en Suisse romande. Cependant, il est essentiel que cette pratique soit clairement définie et intégrée dans le « système du divorce ». De plus, la systématique d'une telle intervention devrait être évaluée.

-
1. Par exemple, à Genève, plus d'une quarantaine d'avocats ont suivi le séminaire intitulé « Le juge, l'enfant et l'avocat — la représentation de l'enfant en justice » organisé par le Bureau Central d'Aide Sociale (BCAS) et l'Ordre des Avocats (OdA) en 1994. Une permanence juridique pour mineurs « JURIS CONSEIL JUNIOR » s'est ouverte à Genève en novembre 1995 sous l'égide de l'OdA et du BCAS.

Finalement, il faut relever que cette conception du travail interdisciplinaire nécessite un décloisonnement des institutions et des professionnels ainsi qu'une spécialisation des intervenants sur les différents aspects du divorce. Elle s'inscrit dans un débat politique et professionnel plus vaste et nécessite une remise en question des valeurs et des réponses actuelles de la société au phénomène du divorce. Soulignons encore que le divorce n'est qu'un champ d'intervention parmi d'autres pour les professionnels du « système du divorce » et qu'il ne constitue pas forcément une priorité.

BIBLIOGRAPHIE

- Ackerman, M.J. (1995). *Clinician's guide to child custody evaluations*. New York : John Wiley & Sons, INC.
- Ariès, P. (1973). *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*. Paris : Seuil.
- Axelrod, R. (1992). *Donnant Donnant : Théorie du comportement coopératif*. Paris : Odile Jacob.
- Bawin-Legros, B. (1988). *Familles, mariage, divorce*. Liège, Bruxelles : Pierre Mardaga.
- Benoît, J.C., Malarewicz, A., Beaujean, J., Colas, Y., & Kannas, S. (1988). *Dictionnaire clinique des thérapies familiales et systémiques*. Paris : ESF.
- Boisclair, C. (1978). *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde : réalité ou apparences*. Sherbrooke, Québec : Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke.
- Bulletin Suisse des droits de l'enfant, (février 1997), 3 (1). Défense des Enfants-International (DEI), section Suisse.
- Cappelaere, G., & Verhellen, E. (1992). Les enfants et les lois dans une perspective internationale. *Enfance*, 3, 265-277.
- Carter, B., & McGoldrick, M. (Eds.) (1989). *The changing family life cycle : A framework for family therapy*. Boston : Allyn and Bacon.
- Cherney, I., & Walker Perry, N. (1994, déc.) Children's attitude toward their rights : An international perspective. Paper presented at the European Conference *Monitoring children's rights*, Ghent, Belgique.
- Cirillo, S., & Di Blasio, P. (1992). *La famille maltraitante*. Paris : ESF.
- Clément, R. (1993). *Parents en souffrance*. France : Stock-Laurence Pernoud.
- Degoumois, V. (1990). Du nouveau droit suisse du mariage au futur droit du divorce. *Cahiers médico-sociaux*, 34, 47-63.
- Degrange, C. (1985). *Le divorce à Genève : Parents-enfants, quelle relation ?* Mémoire de certificat de Politique Sociale, Université de Genève.

- Dekeuwer-Défossez, F. (1991). *Les droits de l'enfant*. Paris : PUF, coll. Que Sais-Je?
- Département fédéral de justice et police (1995). *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial)*. (No 95.079). Berne : Office fédéral des imprimés et du matériel.
- Département fédéral de l'Intérieur (1992). *Enfance maltraitée en Suisse* (No 318.808 f). Berne : Office fédéral des imprimés et du matériel.
- de Saussure-Naville, L., (1995). Quelques éléments juridiques relatifs à la capacité de discernement de l'enfant. Document de travail interne dans le cadre du groupe IDEE, Genève.
- Dolto, F. (1988). *Quand les parents se séparent*. Paris : Seuil.
- Dolto, F., Dolto-Tolitch, C., & Percheminier, C. (1989). *Paroles pour adolescents ou le complexe du homard*. Paris : Hatier.
- Duss-von Werdt, J. (1991). Un regard systémique sur le divorce. *Neuropsychologie*, 6, (4), 205-209.
- Eekelaar, J. (1994). The interests of the child and the child's wishes : the role of dynamic self-determinism. In P. Alston (Eds.), *The best interests of the child : Reconciling culture and human rights* (pp. 42-61). Oxford : Clarendon Press.
- Emery, R.E. (1989). *Mariage, divorce and children's adjustment*. Newbury Park, California : Sage Publications.
- Felner, R.D., & Terre, L. (1987). Child custody dispositions and children's adaptation following divorce. In L. A. Weithorn (Eds.), *Psychology and child custody determinations : Knowledge, Roles, and Expertise* (pp. 106-153). Lincoln : University of Nebraska Press.
- Freeman, M.D.A. (1992). Introduction : Rights, Ideology and Children. In M. D. A. Freeman & P. Veerman (Eds.), *The ideologies of children's rights* (pp. 3-6). Dordrecht : Martinus Nijhoff.
- Freeman, M.D.A. (1992). The Limits of Children's Rights. In M. D. A. Freeman & P. Veerman (Eds.), *The ideologies of children's rights* (pp. 29-46). Dordrecht : Martinus Nijhoff.
- Goldstein, J., Freud, A., & Solnit, A.J. (1980). *Dans l'intérêt de l'enfant? Vers un nouveau statut de l'enfance*. Paris : ESF.
- Goldstein, J., Freud, A., & Solnit, A.J. (1983). *Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant...* Paris : ESF.
- Goubier-Boula, M.O. (1994). *Vie familiale et événements*. Lausanne : LEP.
- Greenberg Garrison, E. (1991). Children's competence to participate in divorce custody decisionmaking. *Journal of Clinical Child Psychology*, 20, (1), 78-87.

- Heireman, M. (1989). *Du côté de chez soi. La thérapie contextuelle d'Ivan Boszormenyi-Nagy*. Paris : ESF.
- Hurstel, F. (1994-1995). Comment parents et enfants construisent-ils la parenté? *Sciences Humaines, Hors série (7)*, 16-21.
- Jaffé, Ph., & Rey Wicky, H. (1996). Competence? Now Really! In E. Verhellen (Ed.) *Understanding children's rights* (pp. 99-108). Ghent : Children's Right's Centre, University of Ghent, Belgium.
- Lamontagne, P. (1992). La théorie des interactions circulaires intrafamiliales comme schéma de compréhension de la fausse allégation d'abus sexuel. Exemples cliniques. In H. Van Gijsegem (Eds.), *L'enfant mis à nu. L'allégation d'abus sexuel : la recherche de la vérité* (pp. 155-186). Montréal, Québec : Méridien.
- Loi de procédure civile (GE, 10.4.1987)
- Loi modifiant la loi de procédure civile (droit de l'enfant à être entendu) (E 23 — 7438) (GE, 12.12.96)
- Loi sur l'Office de la jeunesse (GE, 28.6.1958)
- Lopatka, A. (1992). The Rights of the Child are universal : The perspective of the UN Convention on the Rights of the Child. In M. D. A. Freeman & P. Veerman (Eds.), *The ideologies of children's rights* (pp. 47-52). Dordrecht : Martinus Nijhoff.
- Lücker-Babel, M.-F. (1993). Droits de l'enfant : Idéologies et réalités. *Tribune Internationale des Droits de l'Enfant*, 10, (12), 18-21.
- Lücker-Babel, M.-F. (1995a). *Écoute et participation de l'enfant : Étude des procédures et pratiques genevoises*. Genève : Bureau Central d'Aide Sociale.
- Lücker-Babel, M.-F. (1995b). Le droit de l'enfant de s'exprimer et d'être entendu. *Journal du Droit des Jeunes, mai* (145), 16-21.
- Martin, P. (1988). *Des familles et des enfants : Analyse bibliographique et approche méthodologique*. Bruxelles : De Boeck Université.
- Melton, G.B. (1983). *Child advocacy : Psychological issues and interventions*. New York : Plenum Press.
- Neugebauer, R. (1989). Divorce, custody, and visitation : The child's point of view. In C. A. Everett (Eds.), *Children of divorce. Developmental and clinical issues*. New York, London : The Haworth Press.
- Neyrand, G. (1994). *L'enfant face à la séparation des parents : Une solution, la résidence alternée*. Paris : Syros.
- Parker, S. (1994). The best interests of the child — principles and problems. In P. Alston (Eds.), *The best interests of the child : Reconciling culture and human rights*. Oxford : Clarendon Press.
- Perrin, J.-F. (1991). Divorces et conséquences familiales. In T. Fleiner-Gersenter, P. Gilliland, & K. Lüscher (Eds.), *Familles en Suisse* (pp. 471-490). Fribourg, Suisse : Editions Universitaires, & Institut du Fédéralisme.

- Perrin, J.-F. (1997). Le droit des enfants à être entendus personnellement par le juge dans les procédures les concernant, *La Semaine Judiciaire*, 13, 217-228.
- Pierre-Puységur, M.A., & Corroyer, D. (1987). Les représentations du système pénal chez les enfants de 6 à 10 ans. *Enfance*, 40 (3), 215-229.
- Poussin, G. (1993). *Psychologie de la fonction parentale*. Toulouse : Privat.
- Price Cohen, C. (1992). The Relevance of Theories of Natural Law and Legal Positivism. In M. D. A. Freeman & P. Veerman (Eds.), *The ideologies of children's rights* (pp. 53-70). Dordrecht : Martinus Nijhoff.
- Rey, H. (1993) *Interventions et coopération interdisciplinaires. Mythes et réalités. L'exemple des abus sexuels envers mineurs*. Mémoire de spécialisation en psychologie. Non publié, Université de Genève.
- Robinson, M. (1991, 1993 pour le postscript). *Family transformation through divorce and remarriage : A systemic approach*. London and New York : Routledge.
- Roussel, L. (1989). *La famille incertaine*. Paris : Odile Jacob.
- Roussel, L. (1992). L'enfant dans la famille incertaine. In G. Fellay (Eds.), *La famille incertaine? La prévention primaire des conflits en milieu familial, à l'école et entre les jeunes* (pp. 78-86). Lausanne : Editions Entraide.
- Salem, G. (1987). *L'approche thérapeutique de la famille*. Fribourg : Masson.
- Saunier, F. (1970). *L'enfant et ses droits*. Paris : Fleurus.
- Schneider, B. (1992). L'attribution des enfants lors du divorce des parents. In *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*. Bâle, Francfort-sur-le-Main : Helbing & Lichtenhahn.
- Scyboz, G., & Gilliéron, P.-R. (1988). *Code civil suisse et code des obligations annotés*. Lausanne : Payot.
- Selvini Palazzoli, M., Cirillo, S., Selvini, M., & Sorrentino, A.M. (1990). *Les jeux psychotiques dans la famille*. Paris : ESF.
- Siméon, M. (1995). Du divorce à la famille recomposée : Approche systémique des transitions familiales. *Thérapie Familiale*, 16 (2), 213-225.
- Stern Peck, J., & Manocherian, J.R. (1989). Divorce in the changing family life cycle. In B. Carter & M. McGoldrick (Eds.), *The changing family life cycle : A framework for Family Therapy* (pp. 335-369). Boston : Allyn and Bacon.
- Stettler, M. (1987). *Traité de droit privé suisse. Le droit suisse de la filiation. Vol. III, Tome II, 1*. Fribourg : Editions Universitaires.
- Théry, I. (1983). *La référence à l'intérêt de l'enfant dans la modification du droit de garde après le divorce*. Thèse de Doctorat de 3e cycle en Démographie, Université Paris V, René Descartes.
- Théry, I. (1992). Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique? *Esprit*, 180, 5-30.

- Théry, I. (1993). *Le démariage. Justice et vie privée*. Paris : Odile Jacob.
- Théry, I. (1994-95). Le temps des recompositions. *Sciences Humaines, hors série* (7), 7-11.
- Van Heusden, A., & Van den Eerenbeemt, E. (1994). *Thérapie familiale et générations. Aperçu sur l'oeuvre de Ivan Boszormenyi-Nagy*. Paris : PUF, Nodules.
- Veerman, P.E. (1989). Towards a more integrated bases for the children's rights movement. In C. Smart & S. Sevenhuijsen (Eds.), *Child custody and the politics of gender* (pp. 357-363). London : Routledge.
- Verhellen, E. (1994). *Convention on the rights of the child : Background, motivation, strategies, main themes*. Leuven, Belgique : Garant.
- Wald, M.S. (1976). Legal policies affecting children : A lawyer's request for aid. *Child Development*, 47, 1-5.
- Wallerstein, J., & Kelly, J. (1989). *Pour dépasser la crise du divorce*. Toulouse : Privat.
- Watzlawick, P., Weakland, J., & Fisch, R. (1975). *Changements : Paradoxes et psychothérapie*. Paris : Edition du Seuil.
- Weithorn, L.A. (1983). Involving children in decisions affecting their own welfare. Guidelines for professionals. In G.B. Melton, G.P. Koocher, & M.J. Saks, *Children's competence to consent*, (pp 235-260). New York : Plenum Press.
- Weithorn, L.A. (1987). Psychological evaluations in divorce custody : Problems, principles, and procedure. In L. A. Weithorn (Eds.), *Psychology and child custody determinations : Knowledge, Roles, and Expertise* (pp. 157-181). Lincoln : University of Nebraska Press.
- Wexler, D.B., & Winnick, B.J. (Eds.) (1991). *Essays in therapeutic jurisprudence*. Durham, North Carolina : Carolina Academic Press.
- Whobrey Rohman, L., Sales, B.D., & Lou, M. (1987). The best interests of the child in custody disputes. In L. A. Weithorn (Eds.), *Psychology and child custody determinations : Knowledge, Roles, and Expertise* (pp. 59-105). Lincoln : University of Nebraska Press.
- Wolfson, S.A. (1992). Children's Rights : The theoretical underpinning of the « Best Interests of the Child ». In M. D. A. Freeman & P. Veerman (Eds.), *The ideologies of children's rights* (pp. 7-27). Dordrecht : Martinus Nijhoff.

LES CAHIERS DE L'EESP

Raymonde CAFFARI-VIALLON
POUR QUE LES ENFANTS JOUENT

A5, broché, 1988, 2^{èm} éd. 1991, 84 pages.

C'est dans l'abondance et la richesse des jeux de la petite enfance que la personne se construit. Le jeu n'est pas un rêve, il est apprentissage du monde, de l'autre, de la relation. C'est avec son aide que l'on grandit et c'est en lui que plongent les racines de la vie intérieure.

C'est en jouant qu'il faut entrer dans la vie.

Martial GOTTRAUX
PETIT GUIDE POUR LA PLANETE DES JEUNES

A5, broché, 1988, 78 pages.

Mais que se passe-t-il sur la planète des jeunes? Conformistes, individualistes, résignés? Ou, au contraire, marginaux, révoltés, déviants? Ce petit dossier veut apporter quelques informations permettant de juger, de façon nuancée, de la situation de la jeunesse d'aujourd'hui.

Jean-Louis KORPES
HANDICAP MENTAL - Notes d'histoire

A5, broché, 1988, 68 pages.

Ce cahier aborde le handicap mental sous l'angle historique. Le handicap mental étonne, questionne, intrigue, dérange. Observer la succession des perceptions, des interprétations et des actions humaines à son propos peut être une source féconde en explications du regard que nous portons aujourd'hui sur les personnes handicapées mentales.

Jean-Pierre FRAGNIERE
LA BOITE À OUTILS
Un guide pour le temps des études

A5, broché, 1989, 94 pages.

Vous êtes plongé dans les études. Les bonnes surprises s'accumulent, mais les questions aussi. Ce dossier vous propose une série de suggestions et vous présente des techniques qui peuvent être utiles pour votre travail.

Josée AUDERGON
LE GESTE ET L'OUTIL

Analyses d'actes
Dossier de 79 pages, 1989.

COLLER, DÉCHIRER, COURBER, DÉCOUPER, DESSINER, FONDRE, FROISSER, FROTTER, INCISER, IMPRIMER, MODELER, PEINDRE, PLIER, PULVÉRISER, REPASSER, TEINDRE.

Jean-Pierre FRAGNIERE (éd.)

L'ÉTUDE DE LA POLITIQUE SOCIALE

A5, broché, 1990, 146 pages.

La politique sociale et la politique de la santé connaissent depuis plus de dix ans un développement important et soutenu.

Cet ouvrage propose un bilan de la situation et présente les principaux enjeux qui caractérisent ces domaines de connaissance.

Sylvie MEYER

LE PROCESSUS DE L'ERGOTHÉRAPIE

A5, broché, 1990, 98 pages.

Ce cahier présente les principales étapes de la réflexion des ergothérapeutes lorsqu'ils traitent leurs clients. Il propose un modèle cohérent et adapté aux contraintes quotidiennes que rencontrent les thérapeutes.

Martial GOTTRAUX (éd.)

COLLABORATIONS DANS LES PROFESSIONS SOCIALES

A5, broché, 1990, 114 pages.

Les thèmes de la collaboration interprofessionnelle et de l'interdisciplinarité sont rendus actuels par l'évolution de la politique sociale et la mise en place de nouveaux équipements médico-sociaux. Les contributions présentées dans cet ouvrage soulignent les problèmes et proposent des solutions.

Simone PAVILLARD et Martial GOTTRAUX (éds)

POLITIQUES DE LA PETITE ENFANCE

A5, broché, 1990, 104 pages.

Ce cahier propose un panorama des réalisations et des politiques mises en oeuvre en Suisse romande et souligne les implications des évolutions actuelles pour les professionnel(le)s. Il recense les problèmes à résoudre pour que la politique de la petite enfance tienne mieux compte des réalités sociales et culturelles d'aujourd'hui.

Catherine PAUCHARD
**FEMMES DIVORCÉES ET
SÉCURITÉ SOCIALE**

A5, broché, 1991, 174 pages.

Une étude détaillée de la situation de la femme divorcée dans la sécurité sociale suisse.

De nombreuses suggestions pour améliorer une situation qui engendre des difficultés et des souffrances.

Marie-Chantal COLLAUD et Claire-Lise GERBER
**POUR LA COLLABORATION ENTRE BÉNÉVOLES
ET PROFESSIONNELS DANS L'ACTION SOCIALE**

A5, broché, 1991, 100 pages.,.

Ce cahier rassemble quelques faits et réflexions sur les principales dimensions de l'activité bénévole et les problèmes qu'elle peut rencontrer. Il propose plusieurs fiches techniques qui peuvent servir d'instruments de travail.

Paola RICHARD-DE PAOLIS, Muriel PECORINI,
Gil MEYER, Annelise SPACK, Candid BERZ
ACCUEIL DE LA PETITE ENFANCE

Une enquête régionale

16x24 cm, broché, 1992, 224 pages.

Comment accueillir des enfants dans la crèche, à la garderie, au jardin d'enfants ou chez une mère de jour? Cette étude illustre les divers enjeux d'un sujet brûlant pour les décideurs, les professionnels et les parents sur la base d'une enquête réalisée dans la région de Morges.

Michèle DUBOCHET
L'ERGOTHÉRAPIE AVEC LES ENFANTS

16x24 cm, broché, 1992, 298 pages.

Ce livre présente une organisation des théories et des pratiques dans le domaine particulier de l'ergothérapie avec les enfants et en développe les aspects essentiels.

Il s'agit d'un ouvrage général, conçu comme un manuel. Les analyses de caractère théorique sont illustrées par de nombreux exemples.

Jean-Pierre FRAGNIERE et Anne COMPAGNON (éds)

ÉCHEC SCOLAIRE ET ILLETTRISME

16 x 24 cm, broché, 1992, 148 pages.

L'illettrisme est une réalité bien présente au sein des sociétés dites développées. La démonstration en est faite. C'est là un problème qui interpelle l'ensemble des milieux sociaux. Inutile de jeter la pierre sur l'école! La réalité est plus complexe. Le monde du travail porte sa part de responsabilités dans ce phénomène. La mobilisation contre ce fléau a commencé. Cet ouvrage en témoigne.

Ce cahier rapporte les travaux réalisés dans le cadre d'une journée d'étude intitulée "Échec scolaire et illettrisme, implications pour la politique sociale". Ces travaux ont été réalisés sur la base d'une collaboration entre le Centre d'étude de la politique sociale et l'Institut d'études sociales de Genève.

Pierre AVVANZINO

HISTOIRES DE L'ÉDUCATION SPÉCIALISÉE (1827-1970)

Les arcanes du placement institutionnel

16 x 24 cm, broché, 1993, 236 pages.

De l'enfant vagabond à l'enfant inadapté

De l'Asile rural à la Maison d'éducation

Cette étude historique se fonde principalement sur le dépouillement et l'analyse des archives privées de l'École Pestalozzi à Echichens qui a été créée en 1827 et qui encore de nos jours est en activité.

Trois périodes significatives sont mises en évidence et rendent compte du statut des enfants considérés "pas comme les autres" et des pédagogies mises en œuvre à leur intention dans l'enceinte de l'institution spécialisée.

Ces pédagogies ne sont pas neutres de présupposés éthiques, idéologiques, économiques liés à la politique sociale des époques considérées. Cette étude du passé est riche d'actualité et ouvre l'accès à des questions fondamentales pour le travail éducatif et la politique sociale d'aujourd'hui.

LES CAHIERS DE L'EESP

Éditions EESP, case postale 70, CH-1000 Lausanne 24

Diffusion auprès des libraires