

## **De la puissance paternelle à l'autorité parentale**

C'est en 1970 que le Code civil a été réformé sur ce point, au milieu de toute une série de lois sur les régimes matrimoniaux, l'adoption, le divorce, les tutelles, etc.

Pour comprendre la portée de cette évolution, il faut d'abord rappeler l'histoire de la puissance paternelle, du droit romain au Code Napoléon et ensuite au cours des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles.

Ensuite, je résumerai les lois qui ont modelé l'autorité parentale depuis 1970 et les questions qui restent en suspens à ce jour.

### **I) La puissance paternelle avant 1970**

#### **En droit romain**

La « patria potestas » est un droit de propriété absolu du pater familias sur les personnes et les biens du groupe familial. A l'origine le père avait droit de vie et de mort sur ses enfants comme sur ses esclaves, il pouvait les vendre ou les donner en adoption sans leur consentement. La puissance paternelle était perpétuelle jusqu'à la mort du père, sauf émancipation. Il n'y avait pas de majorité mettant fin à la « patria potestas ». Le fils ne possédait rien en propre. S'il reçoit des biens par un legs extérieur à la famille, le père en a l'usufruit et la gestion. Le fils ne pouvait se marier sans le consentement du père, sans limite d'âge. Sa femme et ses enfants passaient automatiquement sous le pouvoir du grand-père. Le père avait une liberté testamentaire absolue. Ces règles évoluèrent vers la fin de l'Empire dans le sens d'un adoucissement, sous l'influence de la christianisation. La faculté de tester fut réduite par l'institution de la quarte qui instituait une réserve pour les enfants et le fils de famille devenait majeur à vingt-cinq ans.

#### **Sous l'ancien régime**

Il faut distinguer les provinces de droit écrit (France du midi) et les provinces de coutumes.

Dans le midi, les règles du droit romain continuaient à prévaloir. La « patria potestas » comportait le droit de correction et celui d'engager ses enfants dans la domesticité, sans limitation dans le temps sauf émancipation.

Dans les provinces de droit coutumier, le « mundium » germanique était à l'origine peu différent de la « patria potestas », si ce n'est que sa durée était limitée. Ensuite la « mainburnie » devint plus légère. La mère pouvait avoir un rôle en cas de décès ou d'incapacité du père. Le mariage des enfants emportait leur émancipation. A la fin du moyen-âge, les coutumes de l'ouest fixaient la majorité à vingt-et-un ans, celles du nord à quinze ans. Au XVIII<sup>ème</sup> siècle, cet âge avait été reculé à vingt-cinq ans.

La nécessité de l'autorisation paternelle pour le mariage fit débat entre le pouvoir royal qui voulait éradiquer les mariages clandestins et l'église. L'édit d'Henri II de février 1556 créa une majorité matrimoniale à trente ans pour les garçons et vingt-cinq ans pour les filles. Même au-delà de cet âge, les enfants devaient solliciter l'autorisation de leurs parents par des sommations respectueuses. Le rapt de séduction était passible de la peine de mort. Les mésalliances redoutées par les pères de famille pouvaient troubler leurs stratégies matrimoniales.

La puissance paternelle était définie par Pothier comme le droit qu'ont les père et mère de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes. Le droit de correction se traduisait par la possibilité de faire enfermer ses enfants dans une maison de force ou un couvent, de l'autorité des pères ou par une lettre de cachet. Mais à partir du XVI<sup>ème</sup> siècle, les biens acquis par les enfants n'appartiennent plus à leur père, même si celui-ci en avait l'administration jusqu'à leur majorité.

Les droits successoraux des enfants dans la succession de leurs parents différaient dans les pays de coutumes et dans ceux de droit romain. Dans le midi il y avait une grande liberté testamentaire qui permettait d'instituer des héritiers et de déshériter ses enfants ce qui constituait une menace pour les récalcitrants à l'autorité paternelle, ou de créer des substitutions pour maintenir les biens dans la famille. Dans les coutumes de l'ouest, il y avait une plus grande égalité successorale, les héritiers devant rapporter les libéralités reçues à la succession, sauf stipulation d'un préciput qui ne pouvait entamer leur quarte légitime. Le droit d'aînesse ou de masculinité ne concernait que les biens nobles.

Sous l'ancien régime, le maintien de l'autorité dans la famille est un principe de droit public, car la fonction paternelle est une magistrature qui reçoit son pouvoir de Dieu par l'intermédiaire du Roi. La révérence naturelle des enfants envers leurs parents est de même nature que le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain. La légitimité de la puissance paternelle se confond avec la légitimité de la royauté absolue.

### **La révolution française**

Les philosophes du XVIII<sup>ème</sup> siècle critiquèrent les préjugés de leur temps, mais en ce qui concerne le droit de la famille, ils s'intéressèrent surtout à la liberté du mariage. Certains demandaient sa sécularisation et réclamaient une possibilité de divorce. Sur la puissance paternelle, les idées nouvelles sont venues de l'étranger. John Locke consacre un chapitre au pouvoir paternel où il estime que la famille est une société naturelle reposant sur la liberté et l'égalité de ses membres. Mais la raison ne s'acquiert qu'avec l'âge et le père et la mère exercent un pouvoir parental pour protéger leurs enfants, les éduquer et les ouvrir aux lumières. Ce n'est pas un pouvoir absolu. Selon l'Encyclopédie, le pouvoir paternel n'est pas arbitraire, c'est un devoir plutôt qu'un pouvoir. Rousseau dans le Contrat social estime que l'Etat est fondé à réglementer les droits de la famille, ceux du père et l'éducation des enfants. Une nouvelle sensibilité apparaît qui va de pair avec la redécouverte des valeurs propres de l'enfance. Les cahiers de doléance ne disent presque rien sur la puissance paternelle.

Par décret du 16 mars 1790, l'Assemblée constituante abolit les lettres de cachet et le droit d'aînesse. Et le 24 août 1790, elle institua les Tribunaux de famille composés de huit parents ou voisins, ce qui portait un coup au droit de correction du père de famille, puisque celui-ci devait passer par cette instance pour faire enfermer un enfant pour une durée maximale d'un an. La loi du 20 septembre 1792 instaura la majorité civile à vingt-et-un ans, en même temps qu'elle laïcisait le mariage. Le consentement des parents au mariage n'était plus nécessaire à partir de cet âge et la puissance paternelle de droit latin était abolie sur les majeurs.

Les assemblées révolutionnaires entamèrent l'élaboration d'un Code civil, sous la direction de Cambacérès, dans un sens très novateur sur le mariage civil, le divorce, les droits des enfants naturels, l'adoption. Sans aller jusqu'à faire des parents de simples tuteurs de leurs enfants comme le réclamaient certains députés, le projet dispose : « *L'enfant mineur est placé par la nature et par la loi sous la surveillance et la protection de son père et de sa mère. Le soin de son éducation leur appartient ; ils ne peuvent en être privés que dans les cas et pour les causes que la loi détermine.* » Les parents sont tenus non seulement de nourrir leurs enfants, mais de leur faire apprendre un métier.

Le député Berlier avait déclaré en février 1793 : « *Il est barbare de soumettre un enfant à la tyrannie paternelle, et c'est tromper la nature par elle-même que d'établir ses droits par la contrainte. Le trop grand pouvoir amène la tyrannie. La tyrannie aigrit et trop souvent, au lieu d'un père tendre et d'un fils reconnaissant, ne laisse percevoir qu'un maître barbare et un esclave révolté. C'est l'amour qui doit unir et non la crainte.* » Selon Danton, « *les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents.* » Le Pelletier de Saint-Fargeau voulait faire élever les enfants en commun de cinq à douze ans dans des internats, en les soustrayant à l'égoïsme

de leurs familles. Et Rabaut-Saint-Etienne déclarait : « *Nous nous emparerons de la génération qui naît* » pour créer un homme nouveau.

Les débats se concentrèrent sur la faculté de modifier par testament l'ordre successoral, ce qui constituait une menace pour les enfants dont les écarts de conduite se répétaient. Déjà la Constituante avait entendu le 2 avril 1791 un discours de Mirabeau sur l'égalité dans les partages, où le tribun se prononçait pour l'éradication « *de ce reste impur des lois féodales* ». Il ajoutait : « *Eh quoi ! N'est-il pas assez pour la société des caprices et des passions des vivants ? Nous faut-il subir leurs caprices et leurs passions lorsqu'ils ne seront plus ?* » Robespierre intervient dans le même sens : « *La faculté de tester est en général l'aliment de l'intrigue et de la fraude, l'accueil de la faiblesse et de la crédulité, le signal de la discorde.* » Et le député Pétion ajoute : « *C'est, il faut l'avouer un étrange moyen de se faire chérir de ses enfants, de les former à la vertu, de leur inspirer le goût des choses grandes et utiles, que de les conduire par un sordide intérêt, que de leur dire : si vous n'obéissez pas je vous déshérite.* » Le pouvoir des pères est désormais suspect d'aristocratie.

Mais des députés du midi Saint-Martin et Cazalès s'opposent à la disparition de la liberté testamentaire. Ce dernier déclare : « *La puissance paternelle accompagnée de son attribut indispensable la liberté de tester, a la plus salutaire influence sur les mœurs... Si quelqu'un en doutait, qu'il vienne dans ces heureux pays où les pères ne meurent jamais, où celui des enfants que son père a choisi le remplace dans ses affections comme dans ses droits.* »

En définitive, il faudra attendre la Convention pour que soit votée la loi du 17 nivôse an II fondant un régime de stricte égalité entre les héritiers, avec la volonté de favoriser en ligne collatérale les héritiers les plus jeunes. En ligne directe, la quotité disponible était limitée à 1/10<sup>ème</sup> de la succession, seulement au profit d'étrangers à la succession. Ces dispositions étaient applicables avec rétroactivité depuis le 14 juillet 1789, ce qui fut une source de multiples litiges.

### **Le Code Napoléon**

Il marque la revanche des pères. Le projet Jacqueminot proposait déjà « *de restituer à l'autorité paternelle le légitime empire qu'elle n'aurait jamais du perdre, d'élever une barrière contre les fougueux écarts de la jeunesse, de resserrer les liens que les excès de la Révolution ont tant relâchés* » Dans la discussion devant le Corps législatif, le député Duveyrier ajoutait : « *Replaçons les pères sur le siège vénérable que la nature leur élève et que l'expérience des siècles leur conserve au sein de la famille ; qu'ils rentrent dans le droit de punir la révolte, l'irrévérence, la paresse.* » Il faut protéger les pères, les familles et l'Etat contre les fauteurs de désordre.

Les dispositions du Code civil de 1804 réhabilitent l'arsenal défensif et répressif qui protégeait l'autorité du père et de lui seul, car la mère en est exclue pendant le mariage. Il retrouve son droit de correction, pouvant faire délivrer un ordre d'arrestation de ses enfants, sans justification jusqu'à seize ans et sous le contrôle du Président du Tribunal ensuite (art. 375 à 380). Ces pouvoirs ne sont conférés que vis-à-vis des enfants issus du mariage. L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour un enrôlement volontaire après l'âge de dix-huit ans (art. 374).

La majorité reste fixée à vingt-et-un ans, mais le consentement des parents au mariage redevient la règle jusqu'à vingt-cinq ans pour les fils (art. 148), avec obligation d'envoyer des sommations respectueuses jusqu'à trente ans. En cas de dissentiment entre les parents, le consentement du père suffit. Portalis déclare : « *Il nous est paru utile aux mœurs de faire revivre cette espèce de culte rendu par la piété filiale au caractère de dignité et de majesté que la nature elle-même semble avoir imprimé sur ceux qui sont pour nous, sur la terre, l'image du Créateur.* »

Quant aux règles successorales, le Code Napoléon trouve une sorte de compromis entre l'ancien droit et les nouveautés de l'époque révolutionnaire. Certaines innovations sont validées comme la suppression de la règle « *paterna paternis, materna maternis* ». On ne revient pas sur l'abolition du droit d'aînesse. Mais les droits des enfants naturels sont supprimés pour renforcer le

mariage. Même si la propriété est un droit naturel, la loi a vocation à réglementer les successions pour prévenir les rivalités et les haines dans les familles. L'égalité de principe entre les enfants légitimes n'est pas remise en cause théoriquement. Les donations sont rapportables au partage, sauf si elles sont préciputaires, dans la limite de la quotité disponible. Celle-ci est élargie par rapport aux lois révolutionnaires. Le testateur peut à nouveau avantager l'un de ses enfants, à hauteur de moitié, un tiers ou un quart suivant le nombre d'enfants (article 913).

Portalis dans son Discours préliminaire sur le Code civil estime qu'augmenter la quotité disponible donnera un moyen d'action à l'autorité paternelle : « *Suivant la disposition dans laquelle se trouve une famille, le partage égal des biens entre les enfants ne deviendra-t-il pas par lui-même la source des plus monstrueuses inégalités ? Dans les classes laborieuses, quel est l'enfant qui se résignera à confondre son travail avec celui des auteurs de ses jours, s'il n'entrevoit aucune récompense de ses peines ? N'y a-t-il pas des fortunes dont le partage a besoin d'être dirigé par la sage destination du père de famille ?* »

### **XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècle**

Cette possibilité de déroger à l'égalité des partages allait bien sûr dans le sens d'une restauration de la puissance paternelle. Mais après la Restauration de 1815, les ultra-royalistes reprochèrent au Code Napoléon de ne pas avoir rétabli l'exhérédation qui devait produire un effet salutaire pour les enfants qui s'écartent de leurs devoirs. Il y eut une tentative pour rétablir le droit d'ainesse en 1826 ainsi motivé : « *La division indéfinie de la propriété foncière est essentiellement contraire au principe du gouvernement monarchique. L'individu dans les monarchies, c'est l'homme qui se succède à lui même et se perpétue, l'homme qui ne change point et ne veut rien changer.* » Mais cette tentative échoua.

Au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle, l'opinion évolua au sujet du droit de correction sur les enfants, pourtant pratiqué par toutes les classes de la société. Des lois de police punirent d'abord en 1874 l'incitation des mineurs à la mendicité par les parents, puis en 1884 une loi prévoit que l'autorité publique peut se substituer au père abusif en organisant un placement en nourrice. Une loi de 1889 va instituer la déchéance paternelle en cas d'incitation à la débauche, au crime et au vagabondage. Deux lois de 1904 instituent le Service départemental d'assistance à l'enfance. Pour la première fois en 1924, la Déclaration de Genève de la SDN se réfère à l'intérêt de l'enfant. Le décret-loi du 30 octobre 1935 instaure l'assistance éducative et supprime définitivement le droit de correction paternel. La loi du 18 février 1938 supprime la puissance maritale, mais le mari se trouve encore qualifié de « chef de famille ». Les Ordonnances du 2 février 1945, du 23 décembre 1958 et du 7 janvier 1959 posent les bases de l'Assistance éducative en milieu ouvert (AEMO).

## **II) La fin de la puissance paternelle**

A partir de 1964, sous l'impulsion du ministre de la Justice Jean Foyer et du Doyen Carbonnier, plusieurs lois réforment le Code civil en matière familiale. Celle du 13 juillet 1965 modifie les régimes matrimoniaux dans le sens d'une plus grande égalité des époux. D'autres lois suivront sur les tutelles, le divorce, la filiation, les successions. Ce grand mouvement accompagne une rapide évolution des mentalités et des pratiques familiales dans la société française.

### **La loi du 4 juin 1970**

Pour les rapports entre parents et enfants, c'est la loi du 4 juin 1970 qui marque le grand tournant, en abandonnant la « puissance paternelle » au profit de « l'autorité parentale » et elle réforme un pan du Code civil qui avait peu évolué depuis longtemps. Seul texte qui ne change pas, c'est l'article 371 du Code : « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère ».

Le nouvel article 371-2 dispose : « *L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard devoir de garde, de surveillance et d'éducation.* » C'est un nouveau progrès de l'égalité des époux et de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant. La notion de « chef de famille » disparaît du Code civil.

L'égalité entre les parents mariés ne se traduit pas par une répartition des prérogatives, mais par une gestion collégiale de cette autorité parentale, selon l'article 372 nouveau : « *Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité.* » Ils prennent donc ensemble les décisions, mais qu'advient-il en cas de désaccord. Dans le débat parlementaire, les conservateurs voulaient maintenir que l'opinion du père continuerait à prévaloir. Mais la solution retenue fut différente.

L'article 372-1 énonce : « *Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle. A défaut d'une telle pratique, ou en cas de contestation sur son existence ou son bienfondé, l'époux le plus diligent pourra saisir le Juge des tutelles qui statuera après avoir tenté de concilier les parties.* » C'était une époque où la routine semblait préférable à l'innovation. Par ailleurs selon l'article 372-2, les actes usuels de l'autorité parentale peuvent être accomplis par un seul des parents.

Il y a aussi égalité entre le père et la mère dans leurs obligations. Les devoirs de surveillance, de garde et d'éducation doivent être exercés en commun. Les fautes dans ces devoirs pourront entraîner des mesures d'assistance éducative, ou de déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale. Il y a une responsabilité civile solidaire (article 1384 du Code civil) des parents du chef des enfants mineurs habitant avec eux, s'ils causent des dommages à autrui.

Toutefois la loi du 4 juin 1970 laisse subsister une prépondérance de la volonté du mari dans le choix de la résidence. L'article 215 alinéa 2 indique : « *La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord ; faute d'accord au lieu choisi par le mari.* » Mais la femme a le droit d'être autorisée par le Tribunal à avoir une résidence distincte en cas d'inconvénients graves. Et l'administration légale des biens des enfants mineurs revient toujours au père, ainsi que leur jouissance légale.

La loi procède à une recherche plus précise qu'antérieurement de l'intérêt de l'enfant. Elle énonce les principes régissant ses relations avec les grands-parents. En ce qui concerne le recours à l'assistance éducative, les directives ne manquent pas. Selon l'article 375-2, « *chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel.* » Mais s'il est placé en dehors de chez ses parents, ceux-ci gardent un droit de visite et de correspondance avec lui. Le juge en fixe les modalités en référence à l'intérêt de l'enfant.

En cas de divorce, l'usage antérieur était de confier la garde des enfants à l'époux qui n'avait pas les torts, sauf quand ils étaient très jeunes auquel cas la mère obtenait le plus souvent la garde. Selon l'article 373-2 nouveau, l'autorité parentale est exercée par celui qui a la garde des enfants. Ce sera souvent la mère, sans lien désormais avec les torts du divorce, mais le juge peut confier la garde à un tiers.

En cas de séparation de fait entre deux époux, le Tribunal peut en application de l'article 376-1 nouveau, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement contracter entre eux sur la garde et l'éducation d'un enfant mineur. C'est un assouplissement au principe du caractère d'ordre public des règles concernant l'autorité parentale.

Pour l'enfant naturel, l'article 374 dispose que l'autorité parentale est exercée par celui des parents qui l'a reconnu. Mais en cas de reconnaissance par les deux, c'est la mère qui exercera cette autorité, sauf si le Tribunal en décide autrement, au profit du père seul ou des deux parents conjointement.

Les mesures de contrôle et d'assistance éducative déjà instituées par des lois de 1889 et 1958 évoluent en 1970. Elles ne sont plus automatiques, mais le juge peut les ordonner lorsque la santé, la sécurité, la moralité de l'enfant ou les conditions de son éducation sont gravement mises en

danger (article 375 nouveau). Le juge doit s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure, et si possible maintenir le mineur dans son milieu actuel. Les père et mère conservent leur autorité parentale, sauf si elle leur est retirée.

La déchéance de l'autorité parentale est une possibilité pour le juge, non pour sanctionner des fautes des parents, mais pour parvenir à une meilleure protection des enfants, cette mesure pouvant être partielle pour certaines prérogatives de l'autorité parentale, mais non pour d'autres.

### **Evolutions législatives ultérieures**

La loi du 4 juin 1970 marquait une étape décisive vers l'égalité des père et mère pour l'autorité parentale. Mais elle se révéla bientôt incomplète et non adaptée à la rapide augmentation du nombre de divorces et d'enfants nés hors mariage. La loi du 1972 avait donné des droits égaux aux enfants naturels dans la succession de leurs parents. La loi du 11 juillet 1975 a profondément réformé le divorce en introduisant le consentement mutuel.

La **loi du 22 juillet 1987** dite loi Malhuret tente de remédier à cette inadaptation en créant le principe de coparentalité qui doit exister même en cas de divorce. Elle attribue l'autorité parentale conjointe à tous les parents, mariés, non mariés, séparés ou divorcés. La notion de garde de l'enfant est supprimée, elle est remplacée par celle de résidence principale ou habituelle, ce qui ne permet pas la résidence alternée.

### **La loi du 8 janvier 1993**

Elle érige en principe l'exercice en commun de l'autorité parentale pour les couples mariés, y compris après le divorce. Elle renforce l'évolution vers l'autorité parentale conjointe pour les enfants naturels, lorsque les deux parents reconnaissent l'enfant avant son premier anniversaire et s'ils vivent ensemble. Cette loi crée le Juge aux affaires familiales (JAF) qui succède au Juge aux affaires matrimoniales.

Les commentateurs estiment qu'elle affaiblit la valeur symbolique de l'autorité parentale, car il n'y a plus de référence aux notions de garde, de surveillance et d'éducation. Un débat intense s'est alors instauré autour de la parentalité, de la délinquance des mineurs et de la défaillance de l'autorité. Un groupe de travail sur le droit de la famille a été mis en place sous la conduite de Madame Dekeuwer-Défossez.

### **Loi du 4 mars 2002**

L'article 371-1 nouveau du Code civil donne une nouvelle définition de l'autorité parentale, désormais conçue comme un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité de l'enfant ou à son émancipation, pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement dans le respect de sa personne. Les parents doivent associer l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité

L'article 287 du Code civil énonce que les parents exercent en commun l'autorité parentale quelle que soit leur situation juridique. Pour les enfants naturels, la condition de vie en commun des parents est supprimée. La seule condition est qu'ils aient reconnu l'enfant dans la première année de son existence. La séparation des parents est sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale. Il peut être dérogé à ce principe dans la convention de divorce ou si le juge estime que c'est l'intérêt de l'enfant, mais le parent exclu de l'autorité garde un droit d'information et de surveillance, ainsi qu'un droit de visite, sauf motifs graves. Pour les besoins de l'éducation, l'autorité peut être partagée avec un tiers délégataire, par exemple un beau-parent.

L'article 373-2 alinéa 2 nouveau du Code civil dispose : « *Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.* » En cas de divorce ou de séparation, la possibilité d'une résidence alternée, entre dans la législation avec l'article 373-2 alinéa 9 : « *La résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents.* » Le nom de l'enfant mineur est choisi par déclaration conjointe des parents (art. 311-21 du Code civil), celui du père ou de la mère ou les deux accolés. En cas de

désaccord entre parents mariés, ce sera le nom du père. En l'absence de déclaration de parents non mariés, le nom de famille sera celui du premier qui a reconnu l'enfant, ou en cas de désaccord les noms du père et de la mère accolés dans l'ordre alphabétique. On ajoutera qu'après une première égalisation des droits des enfants naturels en 1972, l'Ordonnance du 4 juillet 2005 a fait disparaître complètement la différence entre enfants légitimes et enfants naturels ou adultérins, ces termes ont disparu de la législation.

Le juge peut décider une assistance éducative en milieu ouvert (AEMO) ou un placement, mesures qui ne signifient pas un retrait de l'autorité parentale. Si l'enfant est confié à un tiers ou à un établissement d'aide sociale à l'enfance, les parents conservent leur mot à dire pour les décisions importantes (article 375-7 du Code civil), sauf si par leur carence ils rendent la protection de l'enfant impossible. L'objectif est de rendre possible le retour de l'enfant dans sa famille.

### **III) Thèmes de débat actuels**

Voici l'état actuel de la législation concernant l'autorité parentale.

Après la grande réforme de 1970, les règles ont évolué par touches successives, au milieu de controverses difficiles à maîtriser. La place du père d'omnipotente est devenue problématique. La question générale de l'autorité, dans la famille et dans la société revient à l'ordre du jour, vu les dérives violentes de mineurs insuffisamment encadrés. Le slogan de 1968 « il est interdit d'interdire » a longtemps prévalu, mais l'air du temps est peut-être en train de changer.

La France a connu deux grandes périodes d'évolution de la famille, l'une au XVIIIème siècle et l'autre dans le dernier tiers du XXème siècle, séparées par une longue stagnation. Au cours des cinquante dernières années, le mariage a perdu son statut de modèle prépondérant. De 1970 à 2019 :

- Le nombre des mariages a chuté de 410.000 à 212.000 (divisé par 2), dont 6.200 entre personnes de même sexe.
- Le nombre de divorces a augmenté de 32.000 à 130.000 (multiplié par 4). 46 % des mariages se finissent par un divorce.
- Le nombre de PACS est de 196.000 dont 8.400 entre partenaires de même sexe.
- Les naissances hors mariage sont passées de 57.800 à 714.000 (de 7 % à 59 % du nombre total).
- Le taux de fécondité par femme n'est plus que de 1,68 % en 2023.
- 68 % des enfants mineurs vivent avec leurs deux parents, 21 % sont en famille monoparentale et 11 % en famille recomposée.

C'est non seulement le mariage qui perd son statut privilégié, mais l'idée même de couple durable pour une longue période qui régresse. Le terme d'autorité parentale est maintenu, mais elle ne découle plus de la conjugalité. Les séparations en tout genre n'ont plus d'influence sur cette autorité des deux parents ou de celui qui a reconnu l'enfant. La parentalité s'est émancipée des aléas du couple. Chacun fait famille comme il veut. Ce terme même a-t-il d'ailleurs encore un sens ? Celle-ci n'a plus comme objectif la transmission des patrimoines, mais l'épanouissement personnel de chacun de ses membres.

Le concept d'autorité était devenu suspect depuis plusieurs décennies. On a proposé le terme de responsabilité parentale plutôt que celui d'autorité. Après la démocratisation des rapports entre hommes et femmes, on peaufine l'entrée de la démocratie dans les rapports entre parents et enfants, puisqu'on se réfère surtout à l'intérêt de l'enfant au cours de la procédure judiciaire et qu'on consulte son avis. L'autorité est exclusive non seulement de toute violence physique ou psychologique, mais aussi de toute contrainte inutile. Le juge encourage les solutions négociées, et il n'intervient qu'à défaut d'accord entre les parents. L'aspect contractuel des modes de vie l'emporte sur le caractère statutaire des relations entre des acteurs placés sur un pied d'égalité.

Les psychologues consultés en cas de conflit ne se limitent pas à donner une analyse sur des cas particuliers, mais ils veulent faire prévaloir leurs vues doctrinales dans les débats qui agitent régulièrement le monde des professionnels de l'enfance. Le règne du père a été remplacé par celui des experts.

Ainsi la question de la résidence alternée des enfants chez leurs parents séparés, a fait l'objet d'âpres controverses. Comme on l'a vu, cette résidence alternée n'a fait son entrée dans la législation française qu'en 2002, même si la pratique d'accords amiables avait débuté plus tôt. Ce mode de résidence concerne 12 % des enfants de parents séparés, 86 % résidant chez un seul des parents, le plus souvent la mère. Ce chiffre est très inférieur à d'autres pays européens. Certains psychanalystes sont opposés à la garde alternée pour les enfants de moins de six ans, estimant que ceux-ci ont surtout besoin de leur mère (Donald Winnicott, Maurice Berger, Nicole Guédenney, Albert Ciccone). Il y a une virulente opposition entre les associations de pères qui se plaignent d'être écartés, et d'autres professionnels qui craignent que l'alternance favorise des violences, ou qui reprochent aux pères d'être motivés par le désir de nuire à l'ex-conjoint, même lorsque les conditions matérielles (emploi et distances) ne sont pas favorables à l'alternance.

Une autre question discutée concerne la place des beaux-parents lorsque le père ou la mère se remarie avec une tierce personne. La loi ne reconnaît aucun droit ni aucun devoir au beau-père ou à la belle-mère, vis-à-vis des enfants que son conjoint a eus d'une précédente union. Toutefois l'article 377-1 du Code civil permet au Juge d'accorder à un proche digne de confiance (sans précision) une délégation-partage de l'autorité parentale, avec l'accord du ou des parents, sans que ceux-ci perdent leurs droits. Plusieurs projets de loi ont tenté de donner un statut au beau-parent, avec un mandat d'éducation quotidienne homologué par le JAF, mais ils n'ont pas abouti à ce jour. Une loi du 17 mars 2013 a seulement permis d'autoriser un droit de visite en cas de nouvelle séparation. L'ultime solution peut être l'adoption simple ou plénière.

Ce ne sont que des exemples des multiples débats en cours concernant l'autorité parentale, dans un contexte de questionnement de toutes les formes d'autorité. Les cas de violence conjugale et parentale occupent le devant de la scène, de manière parfois obsessionnelle. Certes le dialogue et la persuasion sont préférables à la contrainte, mais est-ce toujours possible si les parents ne bénéficient plus d'une aura de légitimité dans la conduite du groupe familial ? On cite l'exemple d'un père qui répond au Juge : « *Mais si je ne peux pas le frapper, qu'est-ce que je peux lui dire ?* » A l'inverse, le modèle du « papa-poule » est-il viable, ou bien n'est-il qu'une fantaisie prévalant chez les « bobos » ? La négociation permanente entre égaux fait perdre de vue le décalage symbolique entre les générations.

L'adolescent livré à lui-même tombera facilement sous la domination psychologique du groupe de copains, avec ses dérives bien connues, le consumérisme, l'omnipotence des réseaux sociaux, la drogue et peut-être la radicalisation. Les religions traditionnelles ou les partis politiques n'ont plus les moyens de contrôler l'effervescence juvénile, en relai de parents dépassés. Il ne reste que le football pour canaliser les pulsions d'agressivité qui ont toujours existé. Les Apaches étaient redoutés à la « belle époque », et les blousons noirs un peu plus tard. On ne peut plus se débarrasser des mauvais sujets en les envoyant exercer leurs talents chez les peuples colonisés.

La dilution du rôle du père dans la famille ne contribue pas à solutionner cette situation. On dénonce le père absent qui s'éclipse à la première occasion ou qui ne vient pas aux convocations judiciaires concernant ses enfants. La mère élève seule sa progéniture, soit parce qu'elle a été abandonnée, soit parce qu'elle a choisi de rester autonome. Cela accrédite l'idée qu'on n'a pas vraiment besoin d'un père, ni pour la conception, ni pour l'éducation des enfants, pourvu qu'il paye sa pension alimentaire. Pourtant la famille monoparentale contribue à l'isolement social des mères qui peinent à imposer leur autorité sur les sujets les plus élémentaires du « vivre ensemble ». Il s'est instauré une sorte de ségrégation entre jeunes et adultes, deux mondes qui s'ignorent et se méfient l'un de l'autre.

A chaque flambée de violence revient l'interrogation : mais que font les parents ? Leur responsabilité civile du fait de leurs rejets mineurs est déjà inscrite dans le Code civil (article 1242 al. 4 Code civil), pourvu qu'ils soient investis de l'autorité parentale et que l'enfant cohabite avec ses parents. Il n'est pas nécessaire de démontrer un défaut de surveillance. Encore faut-il que les parents soient solvables ou assurés pour l'indemnisation des victimes.

En revanche il n'y a pas de responsabilité pénale des parents du fait de leurs enfants mineurs. Il existe seulement un délit de mise en péril d'un mineur (article 227-17 du Code pénal) qui punit le fait pour les parents de se soustraire à leurs obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'instruction de leurs enfants. En réaction aux récentes émeutes, il a été question de punir les parents d'une lourde amende. Mais cela serait contraire au principe selon lequel on ne peut être responsable pénalement que de son propre fait, ce principe ayant valeur constitutionnelle.

Ces quelques indications sur les controverses en cours vont permettre d'ouvrir notre débat. A mon avis, on ne retournera pas au caporalisme d'antan. « *La vie te dressera ! Tu verras quand tu feras ton service militaire, l'adjudant te frotera les oreilles !* » Ces messages à la jeunesse ne sont plus d'actualité. Mais il faut sortir des illusions qui ont sapé la légitimité de toute autorité dans la famille. Certes il vaut mieux convaincre que punir. Mais comment faire si cela ne marche pas ?

Jean-Paul Dailloux