

Ce qui, en droit, fait le lien à l'enfant

Sylvie Moisdon-Chataigner¹

1. « *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* » : ce sont les dispositions de l'article 371 du Code civil exprimant (encore : c'est-à-dire avant une nouvelle réforme) un lien indestructible marqué par la révérence de l'enfant à ses parents, envisagé ainsi comme une grande admiration sous entendant parfois une forme de crainte naturelle à leur égard (cf. crainte révérencielle).
2. Si ce lien est fondamental, il convient de déterminer sa puissance et ce que cela signifie dans la relation parents-enfants. Le colloque souhaite ainsi réfléchir comment se détacher de ses parents peut être pour mieux démontrer cette « extériorité / extimité » des parents par rapport à l'enfant. Pour autant, pour que l'enfant ait et comprenne sa propre singularité juridique, il faut prendre en considération les manières dont les liens se tissent entre les parents et les enfants.
3. La création du lien entre les enfants et les parents dans la famille moderne s'inscrit dans un environnement particulier. En effet, il s'agit de prendre en compte plusieurs facteurs tant les éléments naturels (ici d'ordre biologique) que culturels mais aussi les interférences de l'espace et du temps. De plus, la manière dont se crée le lien, soit d'une manière instantanée ou de manière plus construite et développée dans le temps, aura nécessairement des incidences sur la manière de concevoir juridiquement ce lien.
4. Par ailleurs, la famille moderne repose sur un modèle particulier : celui de l'importance – même si elle n'est pas exclusive – de la cellule nucléaire existant entre les parents et les enfants. Ces relations bilatérales sont donc envisagées dans un cercle très fermé, privilégiant la communication entre parents et enfants mais

¹ MCF HDR, Laboratoire IODE UMR CNRS 6262, Faculté de Droit de Rennes

conduisant à s'interroger aussi sur la manière dont l'enfant peut se détacher de ce mode de communication et de cette relation binaire, voire selon certains de cette « forteresse ».

5. L'ensemble de ces éléments va imprégner le lien familial juridique au cours de son évolution légale. Est-ce que ces éléments permettent à l'enfant de devenir un autre par rapport à ses parents d'une manière efficace, et performante (là aussi pour reprendre les termes de la problématique du colloque) ? Cela suppose aussi de s'interroger sur qui sont ces parents et qui peut intervenir dans la construction du lien familial ?
6. Il existe un principe fondamental : la force de la relation parentale se traduit par le mécanisme de l'autorité parentale lequel est envisagé comme une obligation des parents, notamment dans le but de protéger l'enfant. Pour autant ce n'est plus la seule possibilité de comprendre le lien à l'enfant. Il faut prendre en considération que, ce qui fait lien à l'enfant, peut être aussi le sentiment.
7. Je souhaiterais ainsi dire quelques mots sur le lien à l'enfant par le mécanisme d'autorité parentale (I), tout en prenant en considération aussi que, ce qui fait lien à l'enfant, c'est aussi le sentiment (II).

I. Ce qui fait lien à l'enfant par l'autorité parentale

8. L'autorité parentale est une conséquence de la création du lien de filiation et la transposition des obligations des époux à l'égard des enfants. En droit, le lien est avant tout cette autorité des parents à l'égard des enfants. Mais ce n'est pas/plus une puissance (nous sommes passés de la puissance paternelle à l'autorité parentale, cette recherche d'égalité entre hommes/femmes père/mère marquant nettement l'évolution des textes légaux).

9. En effet, les actes des parents doivent agir dans l'intérêt de l'enfant, intérêt supérieur de l'enfant (CIDE). Le lien créé par l'autorité parentale peut ainsi se dénouer pour diverses raisons. Cette rupture dans la relation parentale est tout à fait exceptionnelle et se mesure à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant. Quelques mots sur ce lien entre filiation et autorité parentale (A) et sur ces moments de rupture au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

A. Lien filial et autorité parentale.

10. Le lien entre l'enfant et ses parents est avant tout un lien de filiation. Ce dernier peut s'établir facilement, parfois d'une manière plus complexe. Il résulte des différents textes de loi que la création de ce lien entre deux parents biologiques et son enfant est souvent possible même si le chemin est parfois délicat.

11. Prenant en considération les évolutions des formes de conjugalité, la création du lien entre l'enfant et les parents ont évolué. Il s'agit d'une prise en compte des formes de conjugalité pour dissocier d'une part, la création du lien et d'autre part, cette forme de conjugalité. Le système égalitaire n'est pas abouti dans la mesure où la présomption de paternité facilite la création de ce lien et ne profite (ou n'est subi) que par le père marié avec la mère de l'enfant. En cas de difficulté, la filiation pourra être établie par jugement.

12. De plus, en cas de séparation, les couples mariés bénéficient (ou subissent) d'un encadrement judiciaire : c'est un bénéfice dans la mesure où le juge pourra aider les futurs ex-époux à construire leur nouvelle relation envers les enfants ; c'est subi lorsque les audiences avec le juge sont insuffisantes et qu'il serait préférable de mettre en œuvre une médiation (Cf. une faculté et expérimentations en cours sur ce point pour la rendre obligatoire). Pour les couples non mariés, la protection de ce lien avec l'enfant dans le cadre de cette séparation, supposera une démarche volontaire des parents (ou d'un parent en cas de conflit) vers le juge.

13. Pourtant la simplicité et la transparence dans la création de cette fonction parentale ne sont pas « automatiques » ; même dans le domaine biologique les obstacles existent. Les obstacles seront d'ordre matériel (impossibilité de rapporter la preuve de la maternité et/ou de la paternité) d'ordre juridique (prescription qui se justifie de plusieurs manières ou interdiction de la loi en cas de secret de la mère de la naissance). Ainsi, dans le temps, la filiation peut être bloquée du fait de la prescription (art. 321 du Code civil) : une des justifications sera la paix des familles, laisser dans l'ignorance certaines relations filiales permettent de protéger la famille. Par ailleurs, afin de préserver le secret de l'identité de la mère de naissance, il est possible de ne pas pouvoir créer de lien maternel. Le droit invite la mère, oblige l'équipe médicale à envisager cette question avec la mère, le droit permet aussi un recours en recherche de maternité (même dans cette hypothèse) et un conseil spécifique permet d'aider à la reconstruction du lien (conseil national pour l'accès aux origines personnelles). Cependant le secret pourra être maintenu. La fonction parentale peut donc être bloquée définitivement.
14. Reprenons le cas où la filiation est établie : quel est l'intérêt de l'établissement de cette filiation ? L'enfant construit son identité et les parents respectent leurs engagements : *« l'autorité parentale étant un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »* (art. 371-1 C civil).
15. Le droit suppose donc que l'on tient à sa famille parce qu'elle permet de se construire, parce qu'elle est nourricière et éducatrice. Je ne sais pas si « éduquer est impossible » sur le plan de la psychologie mais c'est au moins une obligation sur le plan juridique. Ainsi les parents, dans le cadre de l'autorité parentale, prennent les décisions essentielles : l'enfant doit se soumettre à ces décisions. L'autorité parentale permet aux parents de diriger et de contrôler l'enfant et les décisions relatives à l'enfant. Dans cet espace, la protection du logement, n'est pas anodine, c'est le lieu de l'exercice de l'autorité parentale, le milieu naturel et protégé. Le

Code civil précise d'ailleurs que « *l'enfant ne peut sans permission des père et mère quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi* » (art. 371-3 C civil).

16. Le droit postule que même en cas de difficultés les liens familiaux de l'enfant sont essentiels. Mais il considère tout autant que ce n'est pas un principe absolu et il convient de prendre en considération les distances et les ruptures qui vont être créés entre les parents et l'enfant au nom de l'intérêt supérieur de cet enfant.

B. Lien filial et intérêt supérieur de l'enfant

17. Plusieurs facteurs sont pris en considération pour créer une distance (distanciation) entre les parents et l'enfant. Ainsi, elle peut résulter de la volonté de donner une autonomie à l'enfant ou encore de le protéger d'un danger.

18. Lui donner de l'autonomie : le droit de participer aux décisions qui le concernent. Non seulement l'enfant a un droit d'être entendu dans les procédures qui le concernent : l'associer aux décisions que le concernent (371-1 Cc) lui donner la parole dans toutes les procédures qui le concernent (art. 388-1 Cc : audition par le juge ou une personne désignée par lui). Dans certaines situations, il pourra aussi prendre des décisions seul: réaliser des actes de la vie courante, prendre des décisions médicales seul.

19. Le protéger d'un danger : volonté de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant : parfois donc mise à l'écart des parents dans leur rôle éducatif. Le système de la protection de l'enfance organise ses modalités, de façon graduée. Et, j'ajouterai, que les enfants eux-mêmes peuvent en tirer toutes les conséquences : ainsi, d'une manière tout à fait intrigante, le Conseil d'Etat vient de l'admettre à propos du symbole fondamental qu'est le nom de famille : le Conseil d'Etat dans une décision du 31 janvier 2014 a considéré que deux enfants avaient un intérêt légitime à

demander un changement de nom de famille par abandon du nom du père en prenant en considération des motifs d'ordre affectif = l'abandon des enfants par le père suite au divorce des parents. Le sentiment n'était pas ici constructif et la fonction parentale vécue de manière particulièrement traumatisante au point qu'il fut nécessaire pour eux de marquer symboliquement cet abandon.

20. Transition : il ne s'agit pas en toute circonstance de combattre cette fonction parentale, le système juridique prend aussi en considération des situations plus ou moins ordinaires mettant en scène d'autres personnes qui gravitent autour de l'enfant et qui vont se prévaloir d'un sentiment familial.

II. Ce qui fait lien à l'enfant par le sentiment familial

21. Le sentiment sera pris en considération pour diffuser en dehors du cercle étroit entre les parents biologiques et leurs enfants : c'est prendre en considération ce qui fait lien avec les autres membres de la famille comme les grands-parents mais aussi les tiers. Une proximité se crée au point que l'enfant se détermine, ou l'on souhaite qu'il se détermine aussi par rapport à ces personnes.

22. Il s'agit de prendre en compte le lien avec autrui dans un cadre intergénérationnel ou pas : depuis plusieurs siècles l'enfant est envisagé comme un individu à part entière qui nourrit des relations privilégiées avec ses parents. Le juge, puis la loi, a œuvré pour que ces relations soient indépendantes des relations parentales (protection par l'article 371-4 du Code civil). Il s'agit aussi d'une protection pour les tiers : un compagnon, une compagne, la loi du 17 mai 2013 définit ce tiers comme ayant « *résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents a pourvu à son éducation à son entretien ou à son installation et a noué avec lui des liens affectifs durables* »...

23. Cette protection de ces relations n'est pas une abolition des relations parentales. Elles nous enseignent la force de la structure familiale et sociale (pour le beau-

parent l'on parle même de parenté sociale, précisément en raison selon les situations d'une place essentielle mais il n'est pas parent) ; elles nous enseignent aussi que ce qui fait lien à l'enfant s'inscrit dans un champ plus vaste que le lien biologique.

24. Ainsi dans les familles recomposées, dans la famille homoparentale, la reconnaissance peut encore aller plus loin pour le beau-parent (adoption et délégation d'autorité parentale) / Projet de loi sur le mandat (à propos duquel certains sont méfiants car la loi permettrait des dispositions conférant des droits et obligations importants, notamment en matière d'administration légale, sans recourir au juge) / mais ce n'est pas sans difficultés ni questionnements. Quelques exemples des actuelles interrogations :

25. La transformation en lien juridique peut prendre une configuration particulière pour l'adoption simple. J'évoque ici encore le nom de famille en raison de sa place symbolique et identitaire : depuis la loi du 17 mai 2013 l'adjonction du nom de l'adoptant à celui de l'adopté n'est plus obligatoire, l'adopté majeur doit donner son consentement à l'adoption ce qui signifie que la transformation en lien familial peut demeurer cachée (sans accepter donc les conséquences officielles, sociales de l'adoption) / Si l'enfant est de plus de 13 ans adjonction mais l'enfant se prononce sur le choix du nom adjoint (en cas de double nom) et de l'ordre des noms.

26. La création du lien peut être par le biais de l'adoption de l'enfant du conjoint (ce qui existe depuis de nombreuses années) : les liens d'origine ne sont pas effacés ils deviennent aussi des liens adoptifs. La loi du 17 mai 2013 a conduit à ce que cette adoption soit désormais possible pour les couples homosexuels. Cependant, la jurisprudence est déjà intervenue sur ces questions pour savoir s'il était possible de permettre cette adoption lorsque l'enfant résulte d'une procréation réalisée à l'étranger : la fraude (consentement à un acte régulier mais sans respecter une règle impérative) bloquerait cette création de lien, niant la fonction parentale (TGI

Versailles 29 avril 2014 : réf à la fraude, pouvoir d'investigation en matière d'adoption, le dt de faire naître un enfant sans père ou sans mère / réf à une « réserve de la décision du CCel). Il ne pourrait pas ainsi exister de lien à l'enfant. Certes, il existe une décision du TGI Lille (14 octobre 2013) admettant l'adoption par une épouse homosexuelle et la Cour de cassation dans la procédure d'avis (22 sept 2014) vient de considérer que *« le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant (...)»*. Mais le débat reste vif.

27. Quant à la gestation pour autrui : ce qui fait lien c'est le « vivre ensemble » : Cass. Civ 1, 6 avril 2011, 13 septembre 2013 : refus de transcription sur les actes d'état civil du ministère des affaires étrangères / « cette solution qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle ni de la filiation maternelle que le droit de l'Etat étranger lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les époux en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 convention EDH / (Cf aussi question de l'annulation de la reconnaissance paternelle) : respect de l'ordre public international ; là aussi la jurisprudence intervient : CEDH 26 juin 2014 : possibilité de bénéficier de la nationalité française par application de l'article 18 C civil => pas d'obstacle à la reconnaissance ou à l'établissement du lien de filiation paternelle biologique mais abs de transcription pas d'atteinte à la vie familiale en raison des équilibres à préserver dans un domaine où la marge d'appréciation des Etats est importante.

28. Débat : Est-ce que le projet parental a force de loi ? Le sentiment supplante-t-il l'idée même d'autorité dans ces configurations nouvelles au point de pouvoir créer du lien familial ? Est-ce que la transparence dans la création du lien de famille suppose de faire fi des modes de procréation de l'enfant ?

29. La place de la volonté dans le débat de la famille vise à donner une force indéniable aux sentiments guidant les parents dans le respect de tous les droits fondamentaux. En effet, le guide et la clé pour agir semblent s'inscrire actuellement dans la volonté de respecter les droits fondamentaux et libertés individuelles de chacun, de l'ordre public lui-même protecteur des droits individuels : l'équilibre est entre la protection de la vie privée, de la vie familiale, et de l'intérêt supérieur de l'enfant (Attention : selon certains l'intérêt de l'enfant ne peut pas rendre légal une procédure illégale, (cf. Décision juge Québec)). Mais aussi dans la protection de la liberté et l'intégrité des personnes (le nécessaire encadrement strict de la loi, le contrôle du juge et le rôle du ministère public) car il s'agit d'un ordre public de direction mais aussi de protection afin que l'enfant ne soit pas instrumentalisé ou croire qu'il l'est, ce qui l'écarterait définitivement de tout lien fondateur.