



HAL
open science

Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit

Amélie Dionisi-Peyrusse, Marc Pichard

► **To cite this version:**

Amélie Dionisi-Peyrusse, Marc Pichard. Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit. Actualité juridique Famille, 2014, pp.174-177. hal-01463183

HAL Id: hal-01463183

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01463183>

Submitted on 14 Nov 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit

Amélie Dionisi-Peyrusse, Maître de conférences à l'Université de Rouen

Marc Pichard, Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

L'essentiel

Si le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale traduit une nécessaire égalité, la pratique ne reflète pas l'égalisation des positions du père et de la mère, qu'il s'agisse de la fixation de la résidence habituelle ou de la prise de décision. (1)

Le droit de l'autorité parentale permet d'identifier qui aura la charge prioritaire du bien-être des enfants et, le plus souvent, de fixer les rôles du père et de la mère - la filiation dite « charnelle » demeurant, en droit français, nécessairement bisexuée et l'autorité parentale une charge liée à la filiation. La place des femmes et celle des hommes en tant que parents et donc la détermination d'un des rôles sociaux primordiaux de la plupart des adultes sont dès lors généralement en cause. L'enjeu est d'autant plus important que l'impact de ces règles sur la société de demain ne paraît guère contestable : le traitement juridique de l'autorité parentale tout à la fois renseigne sur la répartition des rôles sociaux entre les hommes et les femmes et l'influence ; le droit de l'autorité parentale est de nature à être à la fois le réceptacle et le moteur des stéréotypes relatifs à ces rôles.

Les règles relatives à la matière ne semblent toutefois guère se prêter à une analyse en termes de genre. Les textes ne distinguent plus en effet entre les mères et les pères. Les rôles des unes et des autres se présentent comme identiques, dès lors du moins que l'autorité parentale est exercée en commun.

Pourtant, malgré l'égalité formelle qui caractérise la matière, la pratique ne reflète pas l'égalisation des positions du père et de la mère. En 2012, 71 % des enfants voient leur résidence habituelle fixée, par une décision définitive, chez leur mère (ils étaient plus de 80 % en 2003 et 73,5 % en 2010), 17 % en alternance chez chacun de leurs parents (9,9 % en 2004 et 16,5 % en 2010) et environ 12 % chez leur père (10 % en 2010) (2). En cas d'accord relatif à la résidence entre les parents, trouvé dans plus de 80 % des cas, la proportion de résidences chez la mère demeure identique, la résidence alternée augmente, au détriment de la résidence chez le père, qui tombe à 10 % (3). Et la sexospécificité de la fixation de la résidence emporte bien souvent déséquilibre dans l'exercice des prérogatives que confère l'autorité parentale.

Factuellement, d'une part, la charge des enfants pèse donc à titre principal sur les mères et, d'autre part, les prérogatives des pères sont malmenées. Il convient dès lors de chercher à identifier la part du droit dans la persistance de ces stéréotypes de genre en matière de fixation de la résidence habituelle de l'enfant (1re partie), d'autant que l'inégalité ainsi générée peut s'accroître en raison de l'ineffectivité du principe de codécision (2e partie).

Stéréotypes de genre et fixation inégalitaire de la résidence habituelle

La charge quotidienne de l'enfant pèse majoritairement sur la mère - Malgré une augmentation, lente mais constante, des hypothèses de résidence alternée et de résidence chez le père, la charge quotidienne des enfants pèse encore très majoritairement sur les femmes : la neutralité formelle des énoncés législatifs n'empêche pas une application genrée des normes - qui elle-même est susceptible

de consolider les rôles sociaux différenciés des hommes et des femmes. La fixation de la résidence habituelle de l'enfant chez la mère peut en effet constituer un frein à une activité professionnelle plus importante et maintenir celle-ci dans un état de dépendance à l'égard des ressources qui proviennent du père des enfants ; inversement, ce dernier n'est pas contraint, ni même incité, à concilier sa vie familiale avec sa vie professionnelle, dont il peut librement maintenir l'intensité. Qu'un modèle social s'exprime dans cette distribution inégalitaire des fonctions ne saurait être nié ; que le droit contribue à cet état de fait est l'hypothèse qu'il s'agit de mettre à l'épreuve.

Deux causes principales peuvent être identifiées.

D'une part, on peut être tenté d'avancer que la place prépondérante laissée aux accords entre les parents contribue à la perpétuation des modèles sociaux dominants - et aux inégalités qu'ils emportent (4). Au premier abord, le risque semble tout théorique puisque la résidence alternée est plus souvent adoptée dans ce cadre procédural. Mais, outre que cette légère surreprésentation de la résidence alternée en cas d'accord entre les parents s'explique sans doute par le fait que la doxa en la matière est qu'une résidence alternée conforme à l'intérêt de l'enfant suppose un minimum d'entente entre ses parents, le surcroît de résidence alternée se fait au détriment de la résidence chez le père, la part de résidence chez la mère restant fixe (5). Par ailleurs, on peut observer que la résidence chez le père concerne 24 % des enfants en cas de désaccord contre 10 % en cas d'accord (6). Le risque de voir la place laissée à la volonté être investie par les stéréotypes relatifs aux rôles des pères et des mères semble donc se traduire dans les faits.

D'autre part, les textes ne portent pas une véritable ambition de promotion de l'égalité réelle entre les parents, en général donc entre les pères et les mères (7). C'est que, en matière d'autorité parentale, l'intérêt de l'enfant n'est pas « une considération primordiale », comme l'impose la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (8) : c'est la seule considération. Or la règle de droit pourrait poursuivre d'autres finalités - qui ne seraient en aucun cas contraires à cette première considération -, en particulier celle de l'égalité entre les parents, qui n'a pas qu'une dimension individuelle mais une dimension sociale (9). Dans la mesure où la place procédurale accordée au ministère public établit que la matière intéresse l'ordre public (10), une véritable politique publique de l'égalité entre les hommes et les femmes en matière d'autorité parentale serait possible. Pour cela, on pourrait imaginer une intervention du Parquet lorsque la prépondérance d'un parent sur l'autre, en termes de modalités d'exercice de l'autorité parentale, n'est justifiée par aucun impératif. Simplement, ce pouvoir du ministère public ne semble conçu et utilisé qu'en cas de danger pour l'enfant, pas dans l'intérêt de l'égalité réelle.

La résidence alternée, une solution ? - Se pose alors la question de savoir si le dispositif législatif serait susceptible d'oeuvrer à la production de plus d'égalité dans la charge que représentent (aussi) les enfants. De fait, la poursuite de l'égalité passe probablement par la solution de la résidence alternée. En ce sens, on doit relever que, s'agissant des décisions rendues en 2012, en cas d'accord, la résidence alternée concerne 34 % des enfants lorsque les revenus de la mère s'élèvent à plus de 4000 € par mois, ce qui tend à montrer qu'elle est en étroit rapport avec l'activité professionnelle de la mère (11) et avec la répartition des rôles sociaux entre les hommes et les femmes. S'il n'est certainement pas envisageable que les textes l'imposent en toute indifférence aux faits, quelques dispositions devraient permettre, si telle était la volonté du législateur, de la rendre plus courante.

En premier lieu, il serait possible d'imposer au juge une obligation de motivation spéciale de sa décision dès lors qu'il ne fixerait pas la résidence de l'enfant également chez chacun de ses parents. En somme, faire référence à l'intérêt de l'enfant ne suffirait pas pour écarter la résidence alternée : le sacrifice de l'égalité devrait être justifié en lui-même (12). Le code civil belge, en cela imité par le Sénat français lors de la première lecture du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, le 17 sept. 2013, contient des dispositions en ce sens - toutefois conditionnées à la demande de résidence alternée formulée par au moins un des deux parents (13).

En second lieu, il serait également envisageable d'exiger que les parents eux-mêmes, dans une matière marquée par son indisponibilité, justifient des raisons pour lesquelles une résidence alternée leur semble impossible. Une telle contrainte argumentative serait l'occasion pour chacun des parents de s'interroger sur ses motivations et ses priorités. Il est en effet avéré que, dans une grande majorité de cas (14), les pères ne demandent pas la résidence principale, ni même la résidence alternée, « pour des raisons pragmatiques de plus grande disponibilité ou par autocensure » (15) et également par conviction que c'est préférable pour l'enfant (16). Ce faisant, en particulier, ils lient de facto sinon de jure le juge qui peut hésiter à imposer une résidence chez un parent qui ne la demande pas (17). La contrainte argumentative aurait au moins le mérite de conduire chacun des parents, et en particulier le père, à exposer pourquoi il ne pense pas être en mesure d'assumer au quotidien sa responsabilité éducative auprès d'un enfant, et pourquoi, par exemple, il pense que cette charge serait strictement incompatible avec ses responsabilités professionnelles, quand elle serait parfaitement compatible avec la carrière - actuelle ou future - de la mère...

Fixation inégalitaire de la résidence habituelle et principe de codécision

Impact de la fixation de la résidence de l'enfant sur le respect du principe de codécision - Même en cas de séparation des parents, dans l'immense majorité des cas, l'autorité parentale est exercée en commun par les deux (18). Les décisions relatives à l'enfant doivent donc toutes être prises en commun, et ce même si la résidence de l'enfant est fixée chez l'un d'eux seulement (19). Pourtant, de fait, si un parent côtoie peu l'enfant, notamment parce qu'il ne dispose que d'un droit d'hébergement de faible ampleur, il a tendance à moins participer à la prise de décisions (20) - par négligence, par méconnaissance de ses droits ou par crainte du conflit. Ce déséquilibre entre les parents est, en pratique, sexo-spécifique puisque la plupart des enfants résident habituellement chez leur mère : le non-respect du principe de codécision conduit, le plus souvent, à mettre à l'écart les prérogatives du père (21).

Or, une règle explique en partie que, dans les faits, la prise de décisions relatives à l'enfant soit, bien souvent, unilatérale - et donc la moindre implication de l'un des parents dans celle-ci. L'art. 372-2 c. civ. dispose en effet : « à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». Afin de libérer les tiers qui ne sauraient donc voir leur responsabilité engagée pour n'avoir pas recueilli l'accord des deux parents et ne sont donc pas contraints de procéder à des vérifications particulières, on confère de facto une position de force à celui qui cohabite avec l'enfant ; adoptée avant toute chose pour protéger les intérêts des tiers, la règle de l'art. 372-2 c. civ. conduit bien souvent à sacrifier les intérêts des pères - et ce d'autant qu'elle est parfois comprise comme autorisant les décisions unilatérales de l'un des parents.

Les textes ne donnent ni définition, ni exemple, ni liste, des actes usuels (22). On s'accorde en général pour dire qu'il faut tenir compte, pour qualifier un acte d'usuel, de l'ensemble des circonstances particulières de l'espèce. Il faudrait rechercher si l'acte rompt avec le passé et s'il engage l'avenir de l'enfant, et « apprécier l'acte d'un double point de vue : in abstracto (en soi, l'acte appartient-il plutôt à la catégorie des actes usuels ou non ?) et in concreto (l'acte peut-il être considéré comme usuel relativement à tel enfant, et à tels parents, particuliers ?) » (23).

Exemples - On considère généralement, en matière médicale, que le traitement des infections bénignes, de même que la poursuite du traitement d'une pathologie grave ainsi que certaines vaccinations relèvent de la catégorie des actes usuels (24), à la différence de la décision d'arrêt ou de réduction des soins. Sur bien d'autres points, il existe davantage de doutes, par exemple concernant les vaccins contre la grippe H1 N1, l'hépatite B ou le papillomavirus, à l'origine du cancer du col de l'utérus (25). Pour sa part, la délivrance d'un passeport a été qualifiée d'acte usuel (26). La participation

d'un enfant à un film n'ayant pas vocation à être diffusé au-delà d'un cercle très confidentiel en serait un (27), contrairement à sa participation à un reportage télévisé (28). L'adjonction du nom d'un des parents à titre d'usage nécessiterait l'accord exprès des deux parents (29). La situation est assez confuse sur la question de l'inscription dans une école (30).

Deux constats s'imposent.

D'une part, les frontières ne sont pas évidentes à tracer.

Exemple - En matière médicale, seul un impératif juridique clairement énoncé ou un risque contentieux élevé semblent de nature à convaincre les médecins d'exiger l'accord des deux parents avant d'administrer un vaccin ; l'incertitude ne profite pas à l'égalité.

D'autre part, la catégorie des actes usuels, telle que les décisions de justice la dessinent, ne rassemble pas que des actes anodins. Le parent exclu de la prise de décisions en ces matières voit sa place dans les choix concernant l'enfant possiblement très réduite car, dans la vie quotidienne de la plupart des mineurs, rares sont les décisions « non usuelles ».

Imposer une approche plus restrictive des actes usuels - Préserver l'égalité entre les parents exerçant en commun l'autorité parentale, et donc, en général, l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, imposerait probablement d'adopter une approche plus restrictive des actes usuels et de permettre de renverser plus aisément la présomption de bonne foi dont peuvent se prévaloir les tiers. L'intérêt particulier des tiers ou des considérations pratiques ne sauraient en effet évincer l'intérêt social qui s'attache à l'association de chacun des parents aux décisions relatives à l'enfant et qu'exprime le principe d'exercice en commun. Mais encore faudrait-il que cette approche restrictive des actes usuels trouve un relais judiciaire pertinent.

Or, de manière générale, la garantie judiciaire de la coparentalité se révèle trop souvent ineffective. Certes, le respect des règles de pouvoirs est possible en amont : le juge peut être saisi pour trancher les désaccords (31) et il peut ordonner la cessation du non-respect de la codécision, au besoin sous astreinte s'agissant d'un acte précis (32). En revanche, en aval, les sanctions envisageables ne répondent que très imparfaitement à l'objectif de protection des prérogatives de chacun des parents, et en particulier du parent non-cohabitant. Ni la voie de la responsabilité - susceptible, en particulier, d'attiser les conflits - ni la modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale - qui peut n'être ni possible ni souhaitable - ne se révèlent en parfaite adéquation avec l'enjeu (33), auquel seul un recours accru à la médiation familiale semble pouvoir répondre.

(1) Ce texte est issu d'une recherche menée dans le cadre du programme Régine (Recherche et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe : <http://regine.u-paris10.fr/>). Une version enrichie sera publiée à l'automne 2014, in S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), Droit et genre. Études critiques de droit français, CNRS éd.

(2) M. Guillonnet et C. Moreau, La résidence des enfants de parents séparés. De la demande des parents à la décision du juge, Ministère de la justice, nov. 2013, p. 5. L'étude porte sur les décisions définitives rendues par les juges aux affaires familiales au cours de la période comprise entre le 4 et le 15 juin 2012 (v. AJ fam. 2013. 666). Pour les chiffres relatifs aux années antérieures, v. Centre d'analyse stratégique, Désunion et paternité, note d'analyse n° 294, oct. 2012.

(3) M. Guillonnet et C. Moreau, préc., p. 19.

(4) En ce sens, v. F. Boulanger, *Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois 2012. 59 s., n° 4, p. 61.

(5) M. Guillonnet et C. Moreau, préc., spéc. p. 19.

(6) *Ibid.*, p. 19 et 27.

(7) Comp. F. Boulanger, art. préc., n° 1, p. 59, pour qui « le code civil français [fait] de l'égalité un principe abstrait indépendant de l'origine de l'enfant, de la séparation ou du divorce des parents ».

(8) Art. 3, 1, CIDE.

(9) Finalité qui, au demeurant, n'est pas absente de la CIDE. V. les art. 9 et surtout 18 (« Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer 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 »).

(10) En vertu de l'art. 373-2-8 C. civ., le ministère public peut saisir le juge aux affaires familiales pour qu'il statue, notamment, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

(11) M. Guillonnet et C. Moreau, préc., p. 24.

(12) Parmi les justifications, on pense notamment aux contraintes matérielles et économiques, aux nécessités d'ordre psychologique ou encore à l'hypothèse des violences qui nécessitent évidemment un traitement particulier.

(13) Selon l'art. 374, § 2, al. 2, c. civ. belge, « à défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents ». Le Sénat français a adopté un texte similaire - imposant l'examen en priorité de la possibilité d'une « résidence en alternance paritaire » (projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes adopté par le Sénat le 17 sept. 2013, n° 214). S'agissant de la motivation, le code civil belge prévoit, en son art. 374, § 2, al. 4, que, « si le juge choisit de s'écarter du modèle législatif, il doit spécialement motiver sa décision, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause, de l'intérêt des enfants et, importante innovation, de celui des parents » (Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2e éd., 2010, n° 760, p. 703). Là encore, le Sénat français a proposé l'adoption d'un même dispositif : le rejet de la demande de résidence alternée paritaire devrait être « dûment exposé et motivé ». Ces dispositions n'ont pas été reprises, en première lecture, par l'Assemblée nationale.

(14) Pour 83 % des enfants concernés par une absence de demande relative à la résidence, c'est le père qui n'en a pas formulée (M. Guillonnet et C. Moreau, préc., p. 19 et p. 36).

(15) Centre d'analyse stratégique, *Désunion et paternité*, préc., spéc. p. 4.

(16) C. Bessière et S. Gollac (dir.), *Au tribunal des couples - Situations professionnelles des conjoints et procédures judiciaires de séparation conjugale*, Rapport de recherche pour la mission de recherche Droit et Justice, déc. 2010, spéc. p. 128-129.

(17) Il est d'ailleurs très significatif que la résidence n'est attribuée à un père qui ne la demande pas que dans des cas exceptionnels ; il est dix fois plus courant (étant entendu que les dossiers de ce type sont assez rares) que la résidence soit attribuée à une mère qui ne la demande pas : M. Guillonnet et C. Moreau, préc., p. 37.

(18) L'exercice unilatéral de l'autorité parentale concerne 5 à 10 % des enfants. V. Centre d'analyse stratégique, *Désunion et paternité*, préc., spéc. p. 7.

(19) En ce sens, v. par ex. F. Terré et D. Fenouillet, *La famille*, Dalloz, 8e éd., 2011, spéc. n° 948, p. 942 et n° 950, p. 946. Le rapport du groupe de travail sur la coparentalité, « Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés », Ministère de la justice, janv. 2014, p. 7 s., préconise une meilleure information sur ce point. Sur ce rapport, et en particulier la place occupée par les associations de mères et les associations de pères dans les débats et leurs très fortes oppositions de principe, v. A. Boiché, *AJ fam.* 2014. 78 .

(20) Centre d'analyse stratégique, *Désunion et paternité*, préc.

(21) Sur cette question, v. not. A. Guineret-Brobbeldorsman et S. Sire, *Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale*, *LPA* 31 mars 2003, p. 5.

(22) Le rapport préc. sur la coparentalité préconise, p. 10 s., d'introduire une définition afin de clarifier la situation mais de ne pas élaborer de liste exhaustive (une liste indicative pourrait toutefois figurer dans une circulaire, v. *AJ fam.* 2014. 78).

(23) A. Gouttenoire et H. Fulchiron, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Autorité parentale*, 2012, spéc. n° 125.

(24) A. Gouttenoire et H. Fulchiron, *op. cit.*, spéc. n° 67.

(25) Considérant qu'il ne s'agit pas d'actes usuels : A. Gouttenoire, *Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant*, *AJ fam.* 2010. 12 . La pratique médicale semble cependant en sens contraire.

(26) CE, 8 févr. 1999, n° 173126, Mme Dupin, au Lebon ; D. 2000. 161 , obs. F. Vauvillé ; *RTD civ.* 1999. 360, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 1999, comm. n° 40, obs. P. Murat ; CE, 4 déc. 2002, n° 252051, au Lebon ; D. 2003. 313 ; *AJ fam.* 2003. 103, obs. F. B. ; *RTD civ.* 2003. 59, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2003, comm. n° 12, obs. P. Murat.

(27) Orléans, 14 mars 2011, n° 09/03895, *RTD civ.* 2012. 91, obs. J. Hauser ; *LPA* 9 juill. 2012, n° 136, p. 3, obs. M. Dupuis.

(28) Versailles, 11 sept. 2003, n° 02/03372, *AJ fam.* 2003. 383, obs. F. B.

(29) Civ. 1re, 3 mars 2009, n° 05-17.163, D. 2009. 1385 , note M. Malaurie-Vignal ; *ibid.* 803, obs. V. Egéa ; *ibid.* 1918, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *ibid.* 2010. 1442, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2009. 177, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2009. 294, obs. J. Hauser .

(30) V. A. Gouttenoire et H. Fulchiron, *op. cit.*, spéc. n° 127 et les réf. cit.

(31) J.-F. Eschylle et A. Ganzer, *J.-Cl. Divorce*, Fasc. 280-2, 2013, spéc. n° 13 et les réf. cit. ; A. Gouttenoire et H. Fulchiron, *op. cit.*, spéc. n° 131 s.

(32) Versailles, 1er juill. 2010, n° 07/02610, *Juris-Data* n° 2010-017476 (interdiction de poursuivre une thérapie mère-enfant et de conduire l'enfant chez un praticien, quel qu'il soit, sans l'accord préalable du père) ; Paris, 21 janv. 2010, n° 09/08890, *Juris-Data* n° 2010-000203 (injonction sous astreinte de faire procéder au retrait de la mention relative au nom d'usage sur le passeport des enfants).

(33) Sur cette question, v. not. le rapport préc. sur la coparentalité, p. 22 s.