

# EUI WORKING PAPERS IN LAW

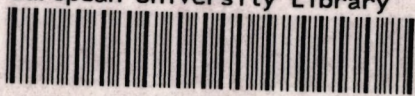
EUI Working Paper LAW No. 92/26

**La Notion d'Intérêt de l'Enfant en Droit:  
Vecteur de Coopération ou d'Interférence?**

MICHAEL KING  
and  
CATHERINE KRATZ

European University Institute, Florence

European University Library



3 0001 0013 4749 3

*Please note*

As from January 1990 the EUI Working Paper Series is divided into six sub-series, each sub-series is numbered individually (e.g. EUI Working Paper ECO No 90/1).

**EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE**

**DEPARTMENT OF LAW**

EUI Working Paper LAW No. 92/26

**La Notion d'Intérêt de l'Enfant en Droit:  
Vecteur de Coopération ou d'Interférence?**

**MICHAEL KING  
and  
CATHERINE KRATZ**

**BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)**

All rights reserved.  
No part of this paper may be reproduced in any form  
without permission of the authors.

© Michael King and Catherine Kratz  
Printed in Italy in July 1992  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I - 50016 San Domenico (FI)  
Italy

## RESUME

Le développement majeur des sciences "psy", d'une part, et l'augmentation concomitante des désordres familiaux, en particulier du nombre de divorces, d'autre part, a favorisé l'émergence, au travers de la notion d'intérêt de l'enfant, d'une relation entre droit et sciences "psy".

Selon une approche classique, cette relation se traduit par la réalisation d'une pratique interdisciplinaire et d'une coopération entre juges et intervenants "psy".

Or, l'analyse de cette même relation par application de la théorie autopoïétique exposée tout d'abord par Niklas LUHMANN puis, plus récemment, par Gunther TEUBNER, démontre l'incompatibilité des deux systèmes du droit et des sciences "psy": leurs objectifs, leurs fonctions sociales et leurs procédures de validation de la vérité diffèrent.

Aussi n'est-il pas surprenant d'observer que la participation des intervenants "psy", lors des procédures d'attribution de la garde ou d'un droit de visite aux parents en instance de divorce ou divorcés, a pour corollaire la distortion du savoir et de la pratique "psy", en conformité avec les procédures du système juridique.

Dans le droit, les sciences "psy" sont reconstruites en communications juridiques et leur validité se trouve donc établie par application des procédures propres à ce système; elles deviennent ainsi, "psychologie-en-droit" et "psychiatrie-en-droit", c'est-à-dire des discours asservis.

Loin d'élaborer de nouveaux modes de résolution des conflits dans le sens d'une meilleure protection de l'intérêt de l'enfant, cette association entre le juge et l'intervenant "psy" débouche sur le phénomène d'interférence: l'asservissement par le droit du savoir et de la pratique "psy".

Cependant, par ce processus le droit donne l'impression d'être plus à même de résoudre les conflits interpersonnels dans l'intérêt bien compris de l'enfant, alors, qu'en réalité, il ne fait que réduire la complexité de ces situations selon son propre code légal/illégal.



## LA NOTION D'INTERET DE L'ENFANT EN DROIT : VECTEUR DE COOPERATION OU D'INTERFERENCE ?<sup>1</sup>

Michael KING  
Catherine KRATZ

L'augmentation dans les pays européens du nombre de désordres familiaux préjudiciables aux enfants, en particulier en cas de divorce, a entraîné le besoin par les juridictions concernées de faire appel plus fréquemment à des institutions sociales, travailleurs sociaux et éducateurs qui sont chargés d'effectuer des enquêtes judiciaires. Aussi, les services éducatifs auprès des tribunaux comprenant des éducateurs et des psychologues ont-ils vu leurs prérogatives augmenter. Quant au juge, s'il doit toujours dire le droit, dans le domaine familial, sa fonction gracieuse tend à prendre plus d'importance qu'autrefois.

En outre, cette évolution se traduit par la recherche d'une spécialisation et d'une technicité au sein des juridictions existantes, en particulier à l'intérieur du Tribunal de grande instance.

Ainsi, en France, une nouvelle institution est mise en place en 1975, le Juge aux Affaires Matrimoniales compétent pour les affaires de divorce et de séparation de corps mais surtout connaissant de leur instruction du début à la fin, sa fonction comprenant même le contentieux de l'après-divorce (garde d'enfants et pension alimentaire - article 1084 N.C.P.C.); ce juge a pour mission spéciale de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs et de chercher à concilier les époux. Cette spécialisation inclue le recours par ce juge à des techniciens spécialisés en matière familiale tels que psychologues, psychiatres, enquêteurs sociaux, conseillers conjugaux et médecins.

Très récemment, toujours dans le cadre de la recherche d'une meilleure administration de la justice, après une expérience menée dans les années 1960 dans quelques tribunaux, des Chambres de la famille, la création d'une nouvelle institution, le Tribunal de famille, se trouve envisagée. Cette instance regroupant le contentieux familial remis au Garde des Sceaux en 1988 proposant la mise en place d'une juridiction unique, le juge aux affaires familiales; juge spécialisé, il bénéficierait d'une formation spécifique et de collaborateurs qualifiés, capables de procéder à des investigations approfondies et ses pouvoirs d'enquête et d'investigation ou d'études de personnalité seraient comparables à ceux du juge des enfants, sans pour autant empietter sur la compétence de ce dernier.

Cependant se trouve posé de façon accrue le problème de la formation des juges:

---

<sup>1</sup> Nous sommes particulièrement reconnaissants à Gunther Teubner, Klaus Eder, Antoine Garapon et Irène Théry pour les informations ou commentaires qu'ils ont bien voulu nous communiquer.

ceux-ci sont-ils préparés à affronter cette tentative du droit "d'écoute" des sciences "psy"<sup>1</sup> ? En France, bien que tous les magistrats reçoivent une formation générale juridique non spécialisée, ils peuvent néanmoins acquérir quelques connaissances en sciences humaines à l'École Nationale de la Magistrature ou, plus tard, à l'occasion de conférences organisées dans le cadre de la formation continue.

Ainsi, l'évolution récente du droit au travers de cette recherche d'institutions plus à même de trouver, en faisant appel aux sciences "psy", des réponses adéquates pour résoudre les conflits familiaux souligne-t-elle que le débat actuel entre théoriciens et sociologues du droit sur la relation droit et science peut s'avérer lourd de conséquences pratiques. Aussi, sommes-nous loin de ces débats totalement abstraits qui font la joie des théoriciens mais peuvent rester ignorés des praticiens du droit (juges et juristes) qui se refusent à franchir les limites de leur "monde réel".

Cependant, cette évolution ne traduit-elle pas simplement la tentative par le droit de se couvrir d'un voile de scientificité lui conférant la respectabilité propre à légitimer ses décisions plutôt qu'un changement notable de sa nature profonde ? De plus, cette réorganisation judiciaire par création de juridictions spécialisées se préoccupe-t-elle vraiment de fournir aux juges des instruments de travail et, en particulier, des "clés" permettant l'articulation entre le discours du droit et celui des sciences "psy" ?

À première vue, tout paraît parfaitement organisé : juges et experts sociaux devront coopérer de telle sorte que les décisions soient rendues par les juges en toute connaissance de cause ; le travailleur social (ou l'expert) agira lorsque la connaissance de la situation par le juge nécessitera le recours à une information ou évaluation sociale. Ce système aura donc pour avantage d'éviter les chevauchements de compétence entre juge et expert social, tous deux ayant des missions décrites comme complémentaires<sup>2</sup>.

De plus ce recours à une mesure sociale est rendu possible par un mécanisme juridique, l'utilisation d'une notion cadre "à contenu variable"<sup>3</sup> : la notion d'intérêt de l'enfant<sup>4</sup> ; cette dernière doit permettre l'ajustement du droit à la situation sociale concernée par l'intermédiaire de l'intervention de praticiens mandatés par les juges, tels que les experts ou les enquêteurs sociaux.

Ainsi, la décision prise par le juge pourrait-elle apparaître, en réponse aux vœux de certains, comme résultante de la fusion entre justice et social dans le cadre d'institutions où experts sociaux et juges travailleraient "main dans la main" à la réalisation d'une justice "à visage humain".

Si tel était le cas, la plupart des travailleurs sociaux et des spécialistes de la protection de l'enfance devraient accueillir la réforme à bras ouverts.

En outre, la reconnaissance du savoir des sciences "psy" en droit devrait résoudre les conflits d'idéologies relatives à la justice ou au social se manifestant lors des débats sur l'enfance.

Cependant, l'articulation entre les deux domaines du droit et des sciences "psy" ne paraît pas toujours satisfaisante. D'une part, ces institutions juridiques qui devraient aboutir à la coopération entre juges et travailleurs ou experts sociaux ne semblent pas, a priori, adopter cette direction en conférant au juge un monopole de pouvoir et



ceci même en ce qui concerne les devoirs de l'expert social; d'autre part, même si les rapports de pouvoir entre juge et expert social étaient rééquilibrés (condition d'un véritable partenariat), il reste que, bien qu'aujourd'hui droit et sciences "psy" soient appréhendés comme discours distincts, ils fassent, cependant, toujours renaître le spectre d'idéologies en conflit; rien n'aurait donc changé si ce n'est la terminologie.

L'intérêt de cet article sera donc, dans un premier temps de montrer comment la théorie de l'autopoïèse appliquée au droit et aux relations qu'il entretient avec les autres institutions de la société représente une voie radicalement nouvelle au regard de l'approche en termes "d'idéologies concurrentes" développée à la fin des années 70 et au début des années 80.

Dans un second temps, il s'agira d'examiner comment le modèle théorique le plus récent élaboré par Gunther Teubner, combinant l'autopoïèse au constructivisme radical, apporte un éclairage précieux sur le fonctionnement des champs de connaissance tels que droit et science, à l'aide desquels la question de l'intérêt de l'enfant posée, en particulier, lors des querelles sur la garde de l'enfant après divorce ou séparation des parents, fera sens pour les individus.

Aussi, en considération de ce nouveau paradigme, quelques commentaires pourront être faits sur la capacité du droit, au travers de la mise en place de ces institutions particulières, à rendre une justice plus "éclairée".

## LA NATURE DU DISCOURS JURIDIQUE

Prenant appui sur les théories de H.von Foerster<sup>5</sup>, de H. Maturana<sup>6</sup>, et en particulier sur la théorie autopoïétique développée par Niklas Luhmann, Gunther Teubner<sup>7</sup>, lors de ses derniers écrits, par une synthèse originale de celles-ci avec les concepts tirés des théories d'Habermas et de Foucault, construit sa propre "théorie du constructivisme radical" sur la nature du discours juridique et ses relations aux autres discours sociaux.

Ainsi, Teubner emprunte-t-il le concept de discours à Foucault, défini comme un "enchaînement anonyme, impersonnel et non-intentionnel d'événements linguistiques", un réseau de communications, l'usage social (du langage) qui construit la réalité. Cependant, contrairement à Foucault, il ne se préoccupe pas de définir ou d'analyser le discours en le rapportant à une époque historique donnée. Son attention se porte plutôt sur la question de savoir comment les différentes institutions sociales et, en particulier, le droit, construisent leurs propres versions de la réalité. Ici, nous retrouvons la notion de procéduralisation de la vérité d'Habermas qui, selon Teubner, permet d'identifier les caractères distinctifs des différents discours des institutions; pour la construction de la vérité et de la réalité, chaque institution utilise, en effet, ses procédures propres, uniques et exclusives.

Les deux modèles théoriques de Luhmann et Teubner s'accordent pour définir le droit (ou le discours juridique) comme existant indépendamment des individus qui

opèrent à l'intérieur du système juridique. Pour Luhmann, "les personnes ne sont pas des éléments des systèmes sociaux; ils constituent plutôt une part de l'environnement de ces systèmes"<sup>8</sup>. Teubner va encore plus loin en insistant sur le fait que les institutions sociales "pensent" (c'est-à-dire construisent leur vérité, leur réalité et leur savoir) et que cette pensée diffère et est indépendante de celle des individus qui les composent. A la suite de Foucault, Teubner voit les individus pris dans le système juridique non pas comme des gens en chair et en os mais comme de "simples construits, des artefacts sémantiques produit par le système lui-même."

Cette analyse à priori choquante, le sera beaucoup moins à posteriori si l'on se réfère au système juridique. En effet, le droit a pour caractéristique de créer des fictions juridiques telles que, par exemple, "le bon père de famille" sorte de notion standard utilisée pour juger en matière de responsabilité civile ou encore la fiction de la rupture des liens de l'adopté avec sa famille par le sang en matière d'adoption plénière; de même, certains types de comportement ne peuvent exister qu'en tant que constructions juridiques - le droit imposant son sens et son ordre à des situations sociales confuses afin de rendre justice ou de résoudre des conflits. En ce sens peut-on relever les termes de "provocation" (l'excuse de provocation ne pouvant résulter que de coups ou violences graves) au cas de crime ou délit, de "consentement" au cas de viol, de même que "l'intention du Législateur" pour l'interprétation des lois et règlements. Cependant, Teubner ne considèrera pas ces exemples comme des exceptions mais plutôt comme l'expression du besoin du droit en tant que processus social d'imputer les communications aux acteurs afin d'entretenir son auto-reproduction<sup>9</sup>. Ce processus de construction n'est pas limité à ce que les juristes reconnaissent comme "fictions" mais s'étend à toute personne (individu ou groupe) engagée dans une communication juridique (parties en litige, témoins, juges, législateur, parents, enfants, collectivités locales, Etat). Tous deviennent "des faisceaux de rôles, des masques de caractère, des produits internes de la communication juridique" existant seulement dans "la reproduction autopoïétique de la vie sociale du droit, où les acteurs humains ne sont pas des éléments, mais des réalités sociales construites."<sup>10</sup>

Ainsi, c'est par la description des acteurs individuels comme produits du système et non comme principaux animateurs que le constructivisme radical de Teubner s'éloigne de la vision classique du droit.

Or, selon cette nouvelle approche, il semblerait vain d'attendre que des individus par sélection ou formation différentes puisse apporter un changement significatif pour la réalisation d'une justice plus ouverte au monde social. En effet, le droit en tant que système autopoïétique ne peut produire que des communications "de droit"; dès lors, ses opérations ne peuvent être simplement transportées sur d'autres systèmes comme le système économique ou politique, pour produire, par exemple, l'égalité des chances ou pour débarrasser la société de la discrimination raciale ou sexuelle.

## Le droit en tant que système autopoïétique

Selon Niklas Luhmann, ce ne sont pas les procédures de construction de la réalité qui distinguent une institution sociale donnée d'une autre, mais leur fonction sociale. Et ce sont ces fonctions différentes et uniques qui confèrent aux systèmes sociaux leur caractère autopoïétique ou auto-référentiel. Autopoïèse est un terme qui a tout d'abord été utilisé et défini en biologie pour "des systèmes qui produisent de façon récursive leurs propres éléments à partir du réseau de leurs éléments"<sup>11</sup>. Luhmann considère que chaque système social autopoïétique est clos en ce qu'il ne peut ni tirer ses opérations de son environnement, ni les transmettre à cet environnement<sup>12</sup>.

La fonction sociale du droit, selon les premières versions de la théorie luhmanienne, serait d'organiser les attentes sociales. "Les attentes réduisent...la complexité de telle sorte que nous puissions faire face à la nature contingente du monde."<sup>13</sup> Le droit aura pour fonction de réconcilier ces différentes attentes dans la voie de la cohésion sociale ou, au moins, de gérer et contrôler les conflits sociaux.

Afin de comprendre comment le droit remplit cette fonction, une distinction doit être établie entre les attentes cognitives et les attentes normatives. Ainsi que le souligne Rottleuthner<sup>14</sup>, la différence tient à celle existant entre "l'apprentissage" et le "non-apprentissage". En maintenant les attentes normatives malgré les déceptions cognitives, le droit nous permet de conserver des exigences démesurées au regard du savoir tiré de nos propres expériences<sup>15</sup>. Le droit, par conséquent, stabilise les attentes congruentes et, par là même, apporte la certitude.

Dès lors que les attentes normatives du droit doivent être produites, maintenues et reproduites à partir de ses propres éléments, le droit se comporte comme *normativement clos*. Cependant, parce que dépendant des "faits" provenant de l'extérieur (la référence étant ses propres éléments), le droit est également *cognitivement ouvert*. Dans son approche épistémologique de la théorie autopoïétique, Teubner montre que la nature autopoïétique du droit combinée à ses procédures exclusives de construction de la réalité rend le droit incapable de "traiter" directement les réalités sociales produites par les autres discours sociaux. Néanmoins, contraint par la nature même de sa fonction sociale de gestion des conflits, le droit devra affronter ces autres réalités produites par la politique, la science ou simplement le sens commun. Ceci conduit inévitablement le droit à un *piège épistémique* où il sera pris dans un conflit insoluble entre le maintien de sa propre autonomie d'une part et, d'autre part, sa dépendance, liée à sa légitimité, à l'égard des nombreux épistémès en concurrence (hétéronomie cognitive).

## Co-opération et Interférence

Teubner ne nie pas qu'une co-opération puisse avoir lieu entre membres de différentes disciplines ou même qu'un individu puisse passer d'un discours à un autre et il est clair que ces professionnels, malgré des savoirs et des méthodes propres, doivent travailler ensemble. Mais ceci ne semble vrai qu'en ce qui concerne la communication diffuse et non différenciée au niveau inter-personnel, qui n'appartient à aucun système social; or, cette distinction entre *communication diffuse* et *communication différenciée* liée à un système s'avère fondamentale dans la théorie de Teubner en ce qu'elle permet d'accepter que des ressortissants de différentes disciplines puissent s'engager dans des entreprises communes alors qu'au même moment, dans les sociétés modernes, la nature autopoïétique des discours rend impossible toute fusion ou intégration entre ces discours. Ainsi, toute tentative de communication "qui apparemment relie l'un et l'autre discours" ne peut aboutir qu'à une "interférence" où chacun des discours reste distinct et séparé alors qu'ils sont "couplés seulement par leurs synchronisation et co-évolution"<sup>16</sup>.

Selon Teubner, quand une information produite par un discours semble incorporée en partie dans un autre discours, il s'agit en réalité de la reconstruction de l'information selon les nécessités fonctionnelles et les procédures de construction de la réalité de ce dernier discours. En conséquence, lorsque le droit pour se rapprocher de la "réalité sociale", met en place des procédures combinant son propre discours à d'autres discours sociaux tels que la sociologie, l'économie ou la psychiatrie, ceci n'équivaut pas à une fusion dans un "super-discours multidimensionnel" mais à une série "d'artéfacts hybrides au statut épistémique ambigu"<sup>17</sup>. En outre, ces constructions sociales externes ne peuvent être simplement transmises au discours juridique; elles sont reconstruites en tant que communications légales et donc affectées "d'un sens relativement différent de leur sens originaire"<sup>18</sup>.

Teubner insiste sur le fait qu'il ne s'agit pas simplement d'un objet identique considéré sous des angles différents d'après les méthodes et les intérêts disciplinaires, ce qui présupposerait alors une réalité sous-jacente, susceptible d'unifier les différentes disciplines et de trancher les conflits de leur descriptions. Au contraire, "la différence se trouve plutôt dans les réalités mêmes que produisent les différents discours"; dès lors, ces réalités ne peuvent être ni unifiées, ni conciliées. Il devient clair que "ce qui arrive aux constructions (sociales et scientifiques) dès lors qu'elles pénètrent la scène juridique n'est plus sous le contrôle des sciences sociales"<sup>19</sup>.

## Droit et conflit

Dans ses écrits récents, Niklas Luhmann a modifié quelque peu sa vision théorique sur la fonction sociale du droit. Ainsi, le droit n'est plus présenté comme contrôlant ou guidant les comportements par la résolution ou la réduction des conflits mais, au contraire, comme exploitant les perspectives de conflit "pour la formation et la

reproduction des attentes de conduite générale congruente (temporelle/ substantive/ sociale)<sup>20</sup>. Ceci est réalisé par des programmes attribuant les valeurs du code légal/illégal aux événements sociaux.

Selon Luhmann, un tel code binaire ne peut être compris que comme la réalisation par le droit de sa fonction de résolution des conflits:

Au contraire, la rigueur du principe gagnant ou perdant rend souvent le règlement du conflit plus difficile. De même, il constitue la toile de fond menaçante sur laquelle des négociations à l'amiable prendront place<sup>21</sup>.

Quelle que soit la forme de gestion des conflits, Luhmann considère le système juridique à travers l'imposition de ses catégories légal/illégal, comme procurant une sorte de plus-value profitable au système en ce qu'elle accroît sa légitimité.

Teubner nous offre une vision encore plus critique des opérations du droit; il relève la création virtuelle de tort dans ces codifications des conflits sociaux par le droit, ou selon ses termes, dans la reconstruction juridique des situations sociales et la production des artéfacts sémantiques. En effet, il souligne qu'en imposant ses valeurs substantives aux autres institutions sociales, le droit "soit devient ineffectif... soit fonctionne de façon effective mais au prix de la destruction des modèles traditionnels de la vie sociale"<sup>22</sup>. Et, dans sa dernière version épistémologique de la théorie autopoïétique, cette critique concerne la propension du droit à "asservir" les autres discours ou encore à produire des discours hybrides ou bâtards de validité douteuse. La seule solution consisterait pour le droit à renoncer partiellement à son autorité épistémique en agissant de façon "réflexive" plutôt que "substantive" ou "responsive"<sup>23</sup>. Ainsi, le droit se bornerait à fournir "des normes de procédure, d'organisation et de compétence aux autres systèmes sociaux"<sup>24</sup>, sans toutefois imposer sa propre rationalité sur ces systèmes.

Même si la tentative de contrôle par le droit des conflits familiaux ou des conflits entre parents et organisations sociales et son effectivité demeurent des sujets importants, cet article concernera la nature de la relation s'établissant entre les deux discours du droit et de la protection de l'enfance, cette relation se matérialisant au travers de la notion de "l'intérêt de l'enfant". En effet, il est intéressant de constater que la théorie de Teubner bien que se situant à un niveau relativement abstrait, est à même d'offrir de nouvelles perspectives sur ce sujet, pourtant rebattu.

## L'INTERET DE L'ENFANT EN TANT QUE DISCOURS SCIENTIFIQUE ET THERAPEUTIQUE<sup>25</sup>

On risque de ne voir dans la relation intérêt de l'enfant/justice que deux idéologies en conflit et donc liées inexorablement au débat et à l'action politiques<sup>26</sup>. Cependant, tant pour Teubner que pour Luhmann, le droit ne se réduit pas au produit de forces politiques ou économiques. En effet, le droit est défini comme un système autoréférentiel possédant ses propres communications, ses propres objectifs et ses

propres procédures de validation de la connaissance. La question est donc, dès lors, de savoir si nous aurons une seule "vérité" sur la notion d'intérêt de l'enfant. Par application de sa fonction normative, de son code binaire (i.e., la distinction entre légal et illégal), le droit va orienter ses communications à la production de sa connaissance. Cependant, en ce qui concerne la notion de l'intérêt de l'enfant, il semble difficile de trouver une définition claire et unique et de se mettre d'accord sur le discours de référence: s'agit-il du bon sens, de la science, de la médecine, de la politique ou de la religion?

A l'origine de cette incertitude se trouve, en particulier, l'utilisation comme argument politique du thème de la protection et du bien-être des enfants, ces préoccupations sociales se rattachant davantage, en général, à l'idéologie "de gauche". Ceci aura une incidence sur l'image sociale de tous les professionnels travaillant autour de l'enfant, qu'ils soient sociologues, psychiatres ou psychologues. En conséquence, la connaissance de l'intérêt de l'enfant ne peut être reconnu comme savoir dont les fondements scientifiques seraient indépendants de toute considération politique<sup>27</sup>. Néanmoins, le postulat contraire devra être retenu pour analyser de façon satisfaisante la nature de la relation entre ce savoir et le droit ou la connaissance juridique.

La science a pour fonction de définir ce qui est ou n'est pas "fait"<sup>28</sup>, c'est-à-dire l'identification des causes et des effets à partir de procédures d'observation empirique. Tant le droit que la science prétendent découvrir "la vérité"; or, comme le souligne Nelken, la vérité du droit semble remplir une fonction sociale différente de celle de la science:

Le droit comme processus de règlement des conflits et de légitimation du pouvoir exige qu'il produise des certitudes et qu'il renforce les attentes de sens commun alors que le progrès scientifique est lié à la controverse et à la remise en cause du sens commun<sup>29</sup>.

Cependant, lorsque le droit "pense" la science, il ne la perçoit pas comme "dépendante de la controverse" ou comme "minant le bon sens". Au contraire tenderait-il plutôt à la traiter comme un savoir capable de légitimer les "dires" normatifs du droit sur la réalité. Pour Luhmann, les procédures scientifiques n'existent pour le droit qu'en tant que méthodes servant à renforcer les attentes congruentes. Toute controverse sera reconstruite par le droit en dichotomie entre une réponse juste et une réponse fautive, en un choix entre une catégorie ou une autre<sup>30</sup>. Aussi n'est-il pas surprenant d'observer d'aucuns tenter de classer les différentes sciences en fonction de l'objectivité de leur savoir, c'est à dire leur falsifiabilité selon le critère de Popper<sup>31</sup>, afin de leur attribuer une valeur pour le droit. Les sciences qui s'appuient sur des constats non falsifiables, i.e. les sciences sociales, utilisant les notions de conséquence et de causalité dans ces mêmes domaines de la vie sociale où le droit cherche à produire congruence et prédictabilité, représentent donc un défi direct à la version normative et non-empirique de la réalité du droit. Le discours du droit ne s'intéresse pas aux conséquences en tant que telles mais plutôt au maintien des attentes sur ces conséquences (par exemple, que des peines lourdes de prison

soient associées à un effet dissuasif ou encore que la protection des enfants soit renforcée par les décisions de justice) et ceci sans égard, et parfois même en contradiction avec la mise en évidence d'un fait par observation empirique.

## L'ENFANT EN TANT QU'OBJET DE CONNAISSANCE SCIENTIFIQUE ET PRATIQUE THERAPEUTIQUE

Contrairement au droit où les procédures de validation de la connaissance font intervenir des concepts tels que l'égalité entre les parties ou la protection des innocents, celles relatives à la connaissance de l'enfant s'appuieront presque exclusivement sur l'observation empirique. Elles inclueront non seulement la méthode expérimentale des sciences naturelles et les techniques scientifiques de mesure quantitative (études sociales, modèles expérimentaux) mais aussi les processus plus controversés de la psychanalyse. Toutes ces procédures empiriques mettront en jeu les notions de cause et de conséquence. Dès lors, la place laissée à l'interprétation dans cette connaissance de l'enfant se trouve accentuée au regard des sciences "dures"; cependant il ne faudrait pas pour autant exclure cette connaissance de la sphère scientifique dans la mesure où même certaines sciences "dures" font appel à cet élément d'interprétation<sup>32</sup>.

Bien qu'une grande partie de la connaissance de l'enfant ne soit pas scientifique à la manière des sciences naturelles, il n'en reste pas moins que cette connaissance relève du discours scientifique car ses vérités produites reposent et sont validées par des procédures empiriques d'analyse des événements par la recherche des causes. Ainsi, les différentes disciplines à l'origine de la connaissance de l'enfant ne se réfugient pas dans la simple imitation des procédures scientifiques ou ne se cachent pas derrière un langage pseudo-scientifique<sup>33</sup>.

Cependant une des grandes différences entre les sciences naturelles et les sciences du développement de l'enfant consiste en ce que les premières traitent d'événements en dehors du monde social alors que la seconde doit prendre en compte le monde intérieur d'un individu ou la relation de deux ou plusieurs individus pour autant qu'ils éclairent les causes des événements extérieurs passés ou permettent la prédiction d'événements futurs. Pour les psychiatres, cette connaissance du monde intérieur des individus fera l'objet d'une application identique à celle de la connaissance biologique ou chimique faite par les médecins. En particulier, ces derniers parleront de la santé mentale ou psychologique de la famille perçue comme saine ou malsaine.

En conséquence, cette connaissance humaine ou clinique de l'intérêt de l'enfant, même dans son état le plus subjectif, interprétatif ou incertain, de même que la pratique fondée sur celle-ci devront être considérées comme dépendantes pour leur validité de ces sous-discours de la science. Car ramener cette connaissance à rien d'autre qu'un ensemble d'opinions subjectives, souvent contradictoires, forgées à partir de valeurs de classe ou culturelles serait faire fi de la distinction entre

procédure et performance. Les décisions dont le but est l'amélioration du bien-être de l'enfant peuvent s'avérer ineffectives dans le temps ou faire l'objet de coloration idéologique; ceci n'affecte cependant en rien la nature scientifique du discours ou la connaissance produite dans ce discours et ces communications diffèrent de celles des juristes ou des politiciens.

La distinction entre, d'une part, ce discours scientifique sur l'intérêt de l'enfant assorti d'une application thérapeutique et, d'autre part, le discours médical ainsi que sa pratique doit être recherchée, non dans la différence entre science et idéologie, mais plutôt dans le contexte où celui-là devra exister. Or, pour faire son chemin, ce discours a dû coexister, de façon étroite, avec d'autres discours puissants et non scientifiques, tels que le droit, l'économie et la politique, car hormis les services spécialisés accueillant ces enfants en situation de difficulté dans certains hôpitaux et le cabinet du psychologue ou du psychanalyste, elle ne bénéficie pas d'institutions pouvant exercer un contrôle sur les procédures de construction de "la réalité".

Aussi, lorsque ce savoir de l'enfant se trouve confronté à un problème particulier, ses solutions de par leur manque de précision et leur généralité pourraient apparaître comme tout sauf scientifique. Et pourtant cette absence de précision trouve son origine dans le phénomène étudié qui ne peut faire l'objet de prédictions précises ou d'interprétations non ambiguës. Néanmoins, ce discours requiert quant à la validation ou la réfutation de la vérité de ses communications, le recours aux expériences thérapeutiques empiriques ou aux preuves scientifiques et non à la foi religieuse, à la doctrine du droit ou aux principes politiques.

### Les sciences du développement de l'enfant et le travail social

Si l'on place le discours de la connaissance de l'enfant dans le contexte du travail social, il devient difficile de maintenir la définition d'une validation scientifique car elle se trouve alors mélangée à d'autres savoirs faisant intervenir des procédures élaborées dans d'autres discours. Ainsi, bien que cette définition doive être conservée, il faut admettre que les sciences du développement de l'enfant tendent à perdre leur caractère scientifique quand elles deviennent un élément de "l'arsenal" épistémologique utilisé par les intervenants sociaux lors des procédures de divorce ou d'après-divorce. Les stratégies et processus mis en oeuvre par ces derniers pour la recherche de l'intérêt de l'enfant ne seront pas nécessairement identiques à ceux que les scientifiques tels que les psychiatres pour enfants, les psychologues ou les psychanalystes utiliseraient pour leurs analyses.

Cependant, on peut se demander si l'arrivée massive depuis une quinzaine d'années, de diplômés en psychologie au sein de la population très hétérogène des travailleurs sociaux ne viendra pas "bousculer" ce constat. Or, même si ce phénomène constitue un facteur de transformation du contenu des enquêtes et conduit à un déplacement de la signification des mesures d'aide à la décision (informer et éclairer le tribunal)



vers une "relation d'aide", avec la pratique de nouvelles techniques telles que l'entretien familial, les tests projectifs, les activités de conseil, de thérapie ou de médiation, il reste qu'un nombre significatif de psychiatres et de psychologues disent ne pas pratiquer de conseil ou de thérapie dans ce cadre. Ces derniers semblent donc avoir attaché aux termes de "conseil" et de "thérapie" un contenu différent, manifestant ainsi qu'ils distinguent nettement les différentes composantes de leur activité professionnelle<sup>34</sup>. Plus encore, il serait acceptable de parler de façon imprécise d'un "discours du travail social" car un tel discours inclut inévitablement des formes de connaissances incompatibles et mêmes contradictoires. Ceci est la manifestation d'une sorte "d'interférence" caractéristique des discours hybrides ou bâtards de Teubner - un ensemble désordonné de concepts soudés ensemble à des fins stratégiques qui, regardés de plus près, se désintègrent en leurs éléments constitutifs.

## LE DROIT ET LE SAVOIR SUR L'ENFANT

Un des éléments de l'arsenal épistémologique à disposition du travailleur social est le droit. Or, le droit "pense" l'enfant d'une manière fondamentalement différente de celle envisagée par le savoir scientifique sur l'enfant. Prenons, à titre d'exemple, la parole de l'enfant. Dans le cadre du discours scientifique, cette parole pourra être reconstruite en information servant à la recherche de la vérité sur l'enfant, c'est à dire donnant accès à sa personnalité et à ses relations aux autres. Par contraste, le droit, surtout si l'enfant se trouve dans la catégorie des mineurs de 13 ans (loi du 22 juillet 1987), ne verra dans cette parole que des preuves sur la vraisemblance de la survenance des événements passés. De même, les inventions et fantaisies des enfants seront interprétées à l'intérieur du discours scientifique comme des fenêtres laissant entrevoir leurs représentations intérieures, leurs espoirs, leurs peurs et leurs anxiétés alors que pour le droit elles seront le signe de la non responsabilité du mineur. L'explication de cette constatation est "l'interférence": "le même et unique énoncé jouant un double rôle. C'est une information juridique dans un discours juridique et une information scientifique dans un discours scientifique."<sup>35</sup>

De même, en matière de contentieux sur la garde des enfants, l'adulte qui assure au quotidien à l'enfant soins, affection, éducation sera perçu dans le discours des sciences "psy" comme le "parent psychologique", seul vrai parent<sup>36</sup>, devant à ce titre bénéficier de l'attribution de la garde; or, dans le discours du droit, si cette même personne se trouve en conflit avec le parent légal (non déchu de son autorité parentale), elle prendra la qualité de non-parent ayant une relation très proche avec l'enfant et pourra, à ce titre, faire la demande d'attribution d'un droit de visite. Nous assistons donc à la création d'une scission de "vérités" sur le même événement: la même personne pouvant être au même moment considérée comme parent ou non-

parent, selon le discours auquel l'on se réfère.

De plus, la solution retenue par le droit de l'attribution d'un droit de visite se trouve en totale opposition avec certaines recherches<sup>37</sup> qui considèrent au contraire que pour satisfaire le besoin de continuité dans la relation de l'enfant avec son parent, il faudrait supprimer tous les droits du non-gardien, en particulier le droit de visite.

Le problème pour le savoir scientifique sur l'enfant vient de ce qu'à l'intérieur de l'arène juridique les informations seront toujours reconstruites selon les demandes propres du discours juridique. De plus, l'incertitude et l'imprécision de cette science, tant dans sa connaissance présente des enfants que dans ses prévisions, rend ses énoncés et leurs énonciateurs plus vulnérables au phénomène "d'asservissement" à l'intérieur de l'arène juridique. La demande du droit d'identification des critères de décidabilité et de finalité, de gagnants et de perdants, de vrai ou de faux pour exposer ensuite ses résultats aux yeux de tous, afin d'accomplir sa fonction normative, tend à éloigner, lors du jugement de droit, les représentants chargés du soin de l'enfant<sup>38</sup>.

En termes généraux, l'asservissement du discours scientifique sur l'enfant par le droit correspond tout à fait au processus d'individualisation décrit par plusieurs auteurs<sup>39</sup>. Le grand nombre de facteurs, génétiques, matériels, éducatifs, sociaux ou relationnels pris en considération par la science sont réduits par le droit à un ensemble de données tombant directement sous contrôle du juge, des travailleurs sociaux ou des parties (adultes) au procès. Les théories s'intéressant à la construction du problème social présentent généralement ceci en termes d'idéologie politique<sup>40</sup>. Par la reconstruction de la dimension sociale de tout fait en rapport au bien-être de l'enfant, selon une direction soulignant la responsabilité individuelle, d'une part, et l'échec des individus à assumer cette dernière, d'autre part, le droit dans les sociétés capitalistes dépolitise effectivement les problèmes sociaux et renforce l'idéologie libérale au détriment des notions de responsabilité collective ou gouvernementale.

Cependant, le même processus peut être perçu également, non plus en termes politiques, mais comme une conséquence de la nature autopoïétique du droit, c'est à dire son incapacité à incorporer des discours étrangers si ce n'est en les reconstruisant. Ainsi, le savoir scientifique sur l'enfant dans toute sa richesse et sa complexité est reconstruit en concepts qui "font sens" en droit - c'est à dire, en des concepts qui concourent à la réalisation de la demande immédiate du droit de déterminer la culpabilité et la responsabilité pour résoudre les conflits et rendre la justice entre les parties et, en même temps, promeuvent la fonction du droit dans une société moderne - ce dernier distinguant entre légal et illégal. Ce processus de reconstruction bien que concentré sur le comportement des individus procède inévitablement par réductionnisme et simplification<sup>41</sup>. Dans le domaine juridique, les sciences "psy" deviennent "le "psy-en-droit", un discours asservi.

## Le droit et l'intervenant social<sup>42</sup>

Tel que le droit a reconstruit le savoir scientifique sur l'enfant en réponse à des besoins institutionnels, le droit a également construit la notion "d'expert". Ce dispositif alloue un statut privilégié, une couverture de confiance à tous les professionnels experts qui sont pas membres de la confrérie juridique.

Etre "expert" aux yeux du droit, de même qu'être avocat, comporte certains privilèges importants au regard du jeu épistémologique pratiqué au sein des juridictions<sup>43</sup>.

Dans les pays de droit civil continental tel que la France, la notion d'expert est défini plus étroitement que dans les pays de tradition anglo-saxonne, dans la mesure où ceux-ci sont choisis pour remplir une mission par un juge ou par une juridiction et sont traités comme des auxiliaires de justice. Ainsi, les magistrats disposent-ils de listes d'experts qualifiés à qui ils peuvent faire appel<sup>44</sup>. Les travailleurs sociaux, indépendants ou affiliés à un organisme et mandatés par le juge directement ou par l'intermédiaire de cet organisme ne sont pas à proprement parler considérés comme des experts; néanmoins bénéficient-ils d'une relation particulière au juge que pourraient lui envier les parties ou les témoins ordinaires. Ainsi, par exemple, le travailleur social peut-il, avant audition de l'affaire, parler au juge des enfants par téléphone ou en personne<sup>45</sup>.

Cette désignation par les juridictions de certains professionnels comme experts sociaux de l'enfant, suite à la construction plus que douteuse par le droit de la notion d'expertise, a le regrettable effet de créer des "non-experts", c'est à dire des personnes dont les opinions ne peuvent avoir que peu de poids aux yeux des juges<sup>46</sup>. Aussi, ces non-experts doivent-ils s'en tenir à une description du comportement passé de l'enfant car il ne leur est pas permis de formuler un avis sur le pourquoi du comportement de l'enfant ou sur le meilleur moyen de traiter ce comportement.

Cependant, le statut privilégié de l'expert a sa contrepartie. En effet, comme le droit asservit le discours scientifique sur l'enfant, il assujettit l'expert social dans sa pratique en lui imposant la réalisation d'une enquête sociale ou d'un rapport devant être utilisable par les juges. Dans les systèmes inquisitoriaux les experts pourront être choisis ou encore leurs opinions prises en compte selon que leur vision de l'enfant coïncide ou non avec celle du juge chargé de l'affaire<sup>47</sup>.

Cependant, loin de suggérer l'idée que la "vérité" née des analyses scientifiques des professionnels serait de valeur supérieure à celle construite par les juridictions, nous observons plutôt que chaque "vérité" sert des objectifs institutionnels particuliers. Aussi, de la soumission d'une forme de vérité aux procédures de validation de la vérité d'une autre, résulte nécessairement une certaine distortion, car les objectifs institutionnels de ces procédures diffèrent nettement de celles de l'institution ayant construit sa version particulière de la vérité ou de la réalité. De même, la tentative par les scientifiques de concilier différents discours afin de parvenir aux objectifs souhaités pour l'enfant peut, dans certains cas, nécessiter "une distortion de la vérité scientifique". Par exemple, à Londres<sup>48</sup>, un psychiatre expliquait, en le déplorant, qu'elle avait tendance parfois à exagérer devant la Cour les risques du maintien de

l'enfant au domicile de l'un des parents, de crainte que la juridiction, plus sensible aux arguments de l'avocat, ne remette l'enfant à ce dernier<sup>49</sup>.

De même, certains enquêteurs sociaux préfèrent-ils parfois ne pas faire officiellement état de tout ce qu'ils savent, afin de protéger les membres de la famille contre d'éventuelles réactions violentes du parent en cause (alcoolisme par exemple), quitte à ce que la solution qu'ils proposent apparaisse insuffisamment motivée; certains avouent même informer de façon officielle le juge dans de tels cas<sup>50</sup>, en violation du principe du contradictoire.

L'utilisation par le droit des travailleurs sociaux et, en particulier, de l'expert "psy" pour l'analyse de la relation parent-enfant et la présentation devant la juridiction de ses estimations mérite de plus amples commentaires; "s'il est vrai que, dans la grande majorité des cas, le jugement est conforme à l'avis de l'expert, cet avis lui-même est le plus souvent une ratification des mesures provisoires qui ont déjà été prises, dans l'urgence et "sous réserve des conclusions de l'expert", par le magistrat lui-même"<sup>51</sup>. De plus, certains travaux ont montré l'absence dans les rapports d'expertise non seulement de toute évaluation de type scientifique mais encore de tout vocabulaire spécialisé, y compris pour les expertises psychiatriques, au profit d'un langage ordinaire et d'analyses de sens commun. Ainsi, selon l'auteur<sup>52</sup>, "si les experts ne mobilisent pas là où on s'y attendrait le plus, les signes de distinction qui sont traditionnellement les armes de l'autorité scientifique, c'est bien par une conscience diffuse que ni l'enjeu, ni leurs atouts réels, ne sont là, mais bien plutôt dans l'art de faire disparaître la part d'arbitraire inhérente à toute évaluation de "l'intérêt de l'enfant", en associant les parties elles-mêmes à l'élaboration d'un récit suffisamment commun pour que la solution proposée par l'expert paraisse en être en quelque sorte le dernier chapitre."

"De ce point de vue, l'expert, aussi savant soit-il, fonctionne moins comme un psychologue cherchant à déterminer la cause des conduites que comme un "juge intuitif" (intuitive lawyer) ayant à porter, sur la responsabilité d'un individu, un jugement permettant de lui appliquer une sanction, fût-ce sous la forme de tel ou tel traitement pédagogique ou curatif."<sup>53</sup> "Le recours à une psychologie de sens commun serait alors consubstantiel de la fonction d'évaluation des conduites dévolue aux savoir-faire "psy".<sup>54</sup> Par conséquent, voir seulement dans cet arrangement, à l'instar de Donzelot<sup>55</sup> lors de son analyse de la fonction du tuteur, le moyen d'augmenter l'intervention au sein de la famille, serait ignorer l'importance des différences entre les discours du droit et des sciences "psy", de même que la relation entre eux.

## LES DROITS DES ENFANTS ET DES PARENTS

Il est intéressant de constater que les expressions en droit liées au bien-être de l'enfant se ramènent la plupart du temps à la relation parent-enfant. En effet, le droit "connait" soit les enfants à travers cette relation, soit les parents. Ainsi au statut de

parent sont attachés des droits, des devoirs et des obligations (à l'origine des responsabilités). Être parent ne donne pas seulement le pouvoir de décider quant aux affaires des enfants mais aussi assigne l'impérieux besoin de réagir au cas où les choses ne se passeraient pas correctement dans la vie des enfants. Dans la majorité des cas, ce qui ne va pas chez l'enfant, son comportement déviant sera vu comme relevant de la responsabilité des parents. En termes juridiques ces parents auront échoué dans l'exercice de leurs droits et de leurs devoirs<sup>56</sup>.

Dans le cadre d'une culture sociale définissant les individus comme moteurs des événements et les identifiant donc comme cause principale de ceux-ci, on pourrait considérer que le droit en plaçant les parents comme cible de ses préoccupations ne fait que refléter des discours sociaux externes. Cet argument se trouve d'ailleurs renforcé à l'examen de la connaissance scientifique; en particulier, l'approche individualiste de la psychologie de Freud a développé toute une dynamique de la relation parent-enfant à l'origine d'effets considérables. Témoin de cela également, l'important impact sur le droit, dans le monde occidental, de l'ouvrage de Goldstein, Freud et Solnit couronnant la notion de "parent psychologique"<sup>57</sup>. De même, plus récemment, les travaux de Wallerstein et Kelly ont souligné l'importance pour les enfants de contacts parentaux continus après la séparation ou le divorce des époux<sup>58</sup>.

Ainsi, ces devoirs imposés par le droit aux individus reconnus comme parent en droit sont renforcés en étant définis simultanément de "d'obligations psychologiques". Dès lors, un père qui ne paierait pas de pension alimentaire et n'aurait plus de contact avec son enfant ne se trouve pas seulement en infraction à la loi de son pays mais aussi aux lois scientifiques de la nature, ceci pouvant porter atteinte à la psychologie de l'enfant.

De l'abondante littérature traitant des effets psychologiques sur l'enfant de la législation sur la protection de l'enfance, des procédures légales et des décisions judiciaires, naît l'impression d'un rapport plus étroit entre le droit et l'expertise psychologique quant aux questions de l'intérêt de l'enfant. Alors que des différences ont pu exister par le passé et se manifestent encore parfois, cette divergence n'arbore plus la forme d'une totale incompréhension mais ressemblerait plutôt à des croyances, valeurs et éthique professionnelle en résonance. Les juristes, par exemple, se plaignent communément de ce que certains experts "psy" refusent de fournir des réponses claires à la question directe du devenir probable de l'enfant. A cela ces experts répondent que l'attente de réponses claires et précises est signe de méconnaissance par le droit de la complexité des situations et qu'ils sont dans l'impossibilité d'élaborer de telles certitudes.

### Études de cas

A titre d'exemple concret, nous nous reporterons à l'arrêt rendu en matière d'autorité parentale par la première chambre civile de la Cour de cassation le 11 mai 1976<sup>59</sup>.

En l'espèce, une enfant mineure avait été confiée à l'âge de deux mois par ses parents à une nourrice. Dix années plus tard, un jugement de divorce a attribué la garde de l'enfant à la mère qui avait d'ailleurs tenté vainement de reprendre son enfant une année auparavant. La nourrice saisit le juge des enfants afin que la jeune fille lui soit confiée au titre d'une mesure d'assistance éducative, justifiant que l'enfant n'a jamais eu de milieu familial et qu'un retour immédiat serait traumatisant.

Le juge devant trancher selon l'intérêt de l'enfant (article 287 C.civ.) fait appel aux services sociaux, en particulier aux enquêteurs sociaux et médecins<sup>60</sup>.

Selon le certificat médical produit, le retour immédiat de la fillette au foyer maternel risquerait de provoquer sur celle-ci, non pas seulement un trouble passager, mais un état très traumatisant; de plus, les réactions de défense de la gardienne ne favorisent pas ce retour. Il conclut formellement que, dans l'intérêt de l'enfant, il y a lieu de surseoir à une solution immédiate.

Par ailleurs, l'enquête sociale souligne que le milieu familial naturel n'existe pas pour la mineure puisque sa mère n'a jamais vécu avec elle, qu'elle n'a jamais eu de foyer stable; de plus, la mère vit en concubinage avec un militaire de carrière.

La cour de Grenoble, par un arrêt confirmatif du 28 novembre 1974, décide la restitution de l'enfant à la mère mais accorde un droit de visite à la nourrice et invite cette dernière à convenir avec la mère des modalités de la restitution afin que celle-ci ne soit pas trop brutale.

La nourrice ayant formé un pourvoi, la Cour de cassation le rejette estimant que les juges du fond ont décidé à juste titre la restitution de l'enfant à la mère après avoir constaté que celle-ci "présentait toutes garanties désirables pour assurer normalement l'entretien, la santé, l'éducation, la sécurité de sa fille et sauvegarder sa moralité".

Pour comprendre l'intérêt de cet arrêt dans le cadre de notre étude, nous nous proposons d'observer l'impact de l'enquête sociale et de l'expertise médicale sur la décision finale de la Cour de cassation.

#### *Dans le système du droit*

L'une des fonctions du droit, en tant qu'institution sociale, est de protéger la cellule familiale; ainsi, afin d'assurer la cohésion de la famille, les parents légaux ont-ils des devoirs et obligations tant réciproques (articles 212 et s. du code civil) qu'à l'égard de leurs enfants (en particulier, article 371-2 du code civil) et vice versa (bien que ce ne soit que dans une moindre mesure, l'article 371 du code civil énonçant que "L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère."). Cependant, si malgré l'imposition de cet ordre juridique, la structure familiale "échoue", en particulier en cas de divorce, le droit devra alors organiser et régler les conflits; or, la tentative du droit dans cette résolution du conflit sera toujours de se rapprocher, dans la mesure du possible, de la situation "normale" qui est celle de la cohésion familiale<sup>61</sup>, et plus particulièrement, d'assurer le respect de l'autorité parentale.

Aussi, en cas de divorce, lors de l'attribution de la garde de l'enfant, la démarche du droit va être de se focaliser sur les parents afin de savoir si le père ou la mère sont

aptes à remplir leurs devoirs et obligations à l'égard de(s) l'enfant(s). En l'espèce si la mère se trouve dans une situation actuelle où elle peut correctement assumer cette responsabilité, il n'y a pas lieu d'envisager un éventuel changement de garde (celle-ci étant reconnue par le jugement de divorce comme gardienne de droit). Le droit veut ignorer, en matière civile, les situations de fait, c'est à dire en l'espèce celle créée par la nourrice: gardienne de fait elle est "inexistante" et ne peut prétendre légitimement revendiquer la garde de l'enfant<sup>62</sup>; en revanche, elle pourra demander l'attribution d'un droit de visite<sup>63</sup>.

En conséquence, le raisonnement juridique "pur" conduit à la restitution de l'enfant à la mère et au prononcé éventuel d'un droit de visite en faveur de la nourrice.

### *Le rapport de l'enquête sociale et de l'expertise médicale*

A l'inverse, l'enquête sociale va tenir compte de toutes les personnes concernées; la nourrice, gardienne de fait, va tenir un rôle tout aussi important que celui de la mère car l'analyse va se concentrer sur l'enfant et donc sur les relations de tous ordres que celle-ci entretient et pourrait entretenir avec son entourage, en considération des circonstances dans lesquelles elle se trouve ou se trouverait placée. De la description de ces relations, il sera décidé s'il semble souhaitable ou non de restituer l'enfant à sa mère et selon quelles modalités. Ainsi, en l'espèce, l'enquête révèle une absence de foyer familial et la réticence de la nourrice à l'égard d'une restitution éventuelle de l'enfant à la mère; il s'avère donc délicat de proposer une solution dans l'immédiat, l'idéal étant de surseoir à cette décision.

*La solution des juges du fond et de la Cour de cassation : illustration de la reconstruction en droit de la notion d'intérêt de l'enfant figurant dans les rapports de l'enquête sociale et de l'expertise.*

Cette notion vague en droit parce qu'"à contenu variable" d'intérêt de l'enfant permet l'ouverture du droit sur le discours des sciences "psy"; le juge devra juger en droit selon l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, cette opération paraît difficile: l'objectif du droit de respecter l'autorité parentale, d'une part, emporte la remise immédiate de l'enfant à la mère et, d'autre part, l'intérêt de l'enfant semblerait, dans tous les cas de figure, d'éviter, au moins, une restitution immédiate afin de ne pas traumatiser l'enfant. La Cour de cassation en approuvant la décision des juges du fond de restituer de l'enfant à sa mère, accomplit donc l'objectif du droit de respecter l'autorité parentale; l'attendu principal de l'arrêt rappelle que d'après l'article 371-2 du code civil les père et mère ont, à l'égard de l'enfant, droit et devoir de garde, et selon l'article 375 du même code, une mesure d'assistance éducative ne peut être ordonnée que dans les cas qu'il prévoit (mesure demandée par la nourrice, en l'espèce), c'est à dire si la santé, la sécurité ou la moralité du mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises. De plus l'action est ouverte sur requête du père ou(et) de la mère, du gardien ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public.

Ainsi, deux raisons juridiques s'opposent à la prise en considération de la demande de la nourrice; premièrement, en tant que gardienne de fait, celle-ci ne peut se prévaloir de l'article 375 pour exercer son action, ceci devrait par conséquent conduire à un rejet immédiat de l'action sans autre discussion; deuxièmement, nonobstant ce premier problème, l'application de l'article 375 nécessite l'appréciation du danger exclusivement au regard du titulaire juridique de la garde; ainsi ce n'est que si le gardien de droit ne fournit pas les garanties exigées qu'on peut envisager une mesure d'assistance éducative<sup>64</sup>. Or, en l'espèce, bien que le pourvoi formé par la nourrice et tendant au prononcé d'une mesure de placement soit rejeté, il reste que la Cour approuve les juges du fond d'avoir, eu égard aux circonstances, évité une remise immédiate de l'enfant à sa mère. Ceci indique donc un déplacement pour l'appréciation du danger, du parent à l'enfant: le changement *brutal* de foyer serait préjudiciable à l'enfant bien que la mère soit en mesure de remplir ses devoirs et obligations. Il est notable de voir apparaître l'enfant en tant que sujet propre, avec ses propres intérêts, pouvant se détacher de ses parents. De plus, l'orientation de la décision semble se diriger vers une reconnaissance juridique de la gardienne de fait, la recherche de l'intérêt de l'enfant ne pouvant laisser celle-ci en dehors du débat. Aussi, n'est-il pas surprenant de voir, peu de temps après, la Cour de cassation reconnaître la gardienne de fait en lui attribuant qualité pour agir sur le fondement de l'article 375 du code civil.<sup>65</sup>

Ainsi, l'ouverture du droit sur le discours des sciences "psy" a eu pour effet de construire en droit, en matière de garde d'enfant, deux nouveaux personnages, l'enfant et la gardienne de fait. Cependant, il faut souligner que cette évolution est possible dans la mesure où elle ne remet pas en cause les objectifs du droit, en l'occurrence la recherche du maintien des liens familiaux par le respect de l'autorité parentale. Cette observation traduit l'interférence entre le droit et ces sciences "psy"; en effet, lorsque le droit entend "intérêt de l'enfant", il se concentre, dans un premier temps, sur le parent revendiquant l'exercice de son droit de garde pour vérifier si ce dernier est apte ou non à exercer ce droit, et ce n'est que dans un second temps qu'il devient plus "flexible"<sup>66</sup> (adaptation de ce droit parental aux circonstances, avec apparition de l'enfant en tant qu'individu existant à part entière, puis de la gardienne de fait). Quant au discours "du travail social", il se penche sur l'enfant par examen de ses relations à l'égard de la gardienne de fait et de sa mère (gardienne de droit) pour tenter de trouver "la meilleure solution" à son égard (gardiennes de fait et de droit interviennent donc au même niveau).

L'arrêt de la Cour de cassation correspond donc à l'émergence d'un discours hybride, c'est à dire à la création d'une solution juridique ambiguë en ce qu'elle abandonne l'organisation des modalités de recouvrement de l'exercice effectif du droit de garde de la mère aux "bon-vouloirs" de cette dernière et de la nourrice, introduisant par là-même un délai indéterminé dans la force exécutoire du jugement. Ainsi, pris sous cet aspect, le droit devient incertain et il ne supprime pas le conflit entre les deux gardiennes, il ne fait que le déplacer; d'une querelle sur le droit de garder l'enfant on passe à une querelle sur les modalités de l'exercice de ce droit.<sup>67</sup> En cela, le droit



devient ineffectif.

De plus, l'utilisation par le droit des procédures propres aux sciences du développement de l'enfant à travers le recours à l'expert ou au travailleur social, alors qu'il ne saurait être question de remettre en cause le principe selon lequel, en cas d'aptitude du parent à exercer son droit de garde, aucun changement dans cet exercice ne pourrait être envisagé<sup>68</sup> et alors que c'est seulement dans un second temps, en ce qui concerne les modalités de mise en place effective de ce droit (en l'espèce mesures transitoires), que pourra interférer le discours "du travail social" en considération de l'intérêt de l'enfant, traduit l'asservissement du discours des sciences du développement de l'enfant par le droit.

Afin de mettre ce constat encore plus en lumière, nous examinerons brièvement la décision de la Cour de cassation en date du 26 juin 1990<sup>69</sup>.

En l'espèce, un père de nationalité nigériane et une mère de nationalité française, après avoir reconnu leur enfant née en 1986, ont décidé de souscrire la déclaration conjointe prévue à l'article 374 alinéa 2 du code civil. En effet, selon cet article modifié par la loi du 22 juillet 1987, les parents d'un enfant naturel peuvent déclarer conjointement devant le juge des tutelles, qu'ils exercent en commun l'autorité parentale. Cependant comme l'ont relevé certains commentateurs de la loi<sup>70</sup>, cette déclaration permettrait aux parents étrangers d'un enfant naturel de nationalité française d'obtenir, de plein droit, une carte de résident et de se prémunir ainsi contre une expulsion du territoire national.

Aussi, en l'espèce, le juge voulant déjouer cette manoeuvre a refusé d'établir le procès verbal et le Tribunal de grande instance de Caen a confirmé l'ordonnance de refus considérant que la déclaration conjointe de l'article 374 doit être dictée par l'intérêt de l'enfant. Le 26 juin 1990, la Cour de cassation censure cette décision car, selon l'attendu principal, *"les textes susvisés ne confèrent pas au juge des tutelles le pouvoir d'apprécier, au regard de l'intérêt de l'enfant, l'opportunité de la déclaration faite par les père et mère ni celui de contrôler la légitimité des motifs de la déclaration conjointe, le juge étant tenu d'enregistrer ladite déclaration dès lors qu'il existe un accord entre ceux qui ont légalement reconnu l'enfant."*

Cette décision semble donc particulièrement intéressante en ce qu'elle confine le juge à une simple chambre d'enregistrement et lui refuse par conséquent toute considération relative à l'intérêt de l'enfant. De plus, il est important de noter que la Cour de cassation aurait pu conserver la même solution en énonçant qu'il était de l'intérêt même de l'enfant que ses parents souscrivent une déclaration conjointe; or l'argumentation choisie par la Cour de cassation marque nettement le refus de faire intervenir l'intérêt de l'enfant lors cette procédure.

Ainsi, l'article 374 al.2 du code civil implique la disparition du contrôle judiciaire qu'exerçaient jusqu'alors les juges du fond en vérifiant la conformité de l'exercice conjoint à l'intérêt de l'enfant<sup>71</sup>. Or, cette position du droit est logique eu égard à son objectif de préserver, autant que possible, les relations de l'enfant avec ses parents<sup>72</sup>. En l'espèce, cette préservation se trouve assurée par le seul acte de déclaration

juridique conjointe des père et mère ayant reconnu préalablement l'enfant; il serait donc inopportun de procéder à des investigations supplémentaires relatives à l'intérêt de l'enfant<sup>73</sup>. D'autre part comme le remarque le commentateur de l'arrêt, le juge pourra refuser d'enregistrer l'acte s'il émane de déclarants n'ayant pas légalement reconnu l'enfant. Ceci constitue donc un encouragement à reconnaître légalement les enfants naturels et en cas de déclaration conjointe des parents, le régime de cette famille naturelle devient très proche de celui de la famille légitime. En outre, cette décision de la Cour de cassation prend d'autant plus de force si l'on estime qu'en l'occurrence, il peut effectivement y avoir fraude à la loi par détournement de ses objectifs.

Ainsi le droit à l'écoute (système ouvert) de son environnement, en particulier des sciences "psy", reconstruira le discours de cette dernière selon ses propres procédures de construction de la "réalité", de façon à servir ses propres objectifs [en l'occurrence, la conservation des liens parents/enfant(s)]. Or, selon cette construction, la déclaration conjointe souscrite par les parents de l'enfant naturel a pour effet de "souder" les liens familiaux; dès lors, il semblerait déplacé de procéder à des investigations en corrélation avec l'intérêt de l'enfant, l'accord des parents quant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale étant devenu, en droit, un critère pris en compte par les juges.

Le refus par le droit, pour la réalisation de la reproduction des attentes normatives (i.e., qu'un père et une mère exercent tous deux l'autorité parentale sur leur enfant reconnu), d'autoriser le juge à rechercher si la déclaration correspond à l'intérêt de l'enfant peut être approuvée en ce qu'elle évite l'effet macédonien, c'est à dire la restriction de liberté décidée par le législateur suite aux abus commis par quelques uns. Ainsi, en matière familiale, cet effet se produit lorsqu'à partir de quelques situations de pointe, on cherche à construire un régime de police, d'intervention préventive, fondé sur une défiance généralisatrice envers les parents ou les maris. Et comme le souligne le doyen J. Carbonnier, "c'est une façon très peu rationnelle de légiférer."<sup>74</sup>

## L'AJUSTEMENT DU DISCOURS DE L'ENQUÊTEUR SOCIAL OU DE L'EXPERT "PSY" EN DROIT

Une approche traditionnelle et réformiste de la justice déboucherait, sans doute, sur une analyse propre à dépasser le heurt idéologique entre juristes et experts "psy" et donc à permettre leur co-opération par la réalisation d'échanges interpersonnels et l'adaptation des procédures. Et même, beaucoup de juristes et de juges affirmeraient qu'une telle co-opération est nécessaire si les juridictions veulent parvenir à la "bonne" décision quant l'intérêt de l'enfant est en jeu. Cependant, cette version confortable d'une symbiose interdisciplinaire ferait voler la théorie de Teubner en

éclats en ce qu'elle omet toute notion de discours séparés et leur productions corrélatives de constructions de réalité divergentes. Tel que le social a été reconstruit dans le droit pour "faire sens" dans le discours juridique, telle l'a été également la psychologie de l'enfant. Et les psychologues et psychiatres qui régulièrement fournissent des preuves aux experts devant les juridictions ou qui écrivent des articles sur les problèmes du droit peuvent être les représentants de la psychologie de l'enfant pour le droit alors que leur construction de la psychologie de l'enfant pourra paraître insignifiante au regard de l'étendue du travail théorique et expérimental accompli dans le discours scientifique.

Ainsi, tandis que les travailleurs sociaux, les neuropsychiatres et les psychiatres classiques se sont montrés plus intéressés par les approches systémiques, les psychanalystes et les psychologues sont plus sensibilisés à la compréhension psychanalytique; or, selon la théorie systémique (dominante dans les publications actuelles), la famille est observée comme une entité ayant ses règles, ses frontières, sa hiérarchie, ses communications ou transactions plus ou moins paradoxales avec tous les phénomènes visibles qui s'y transmettent. Dès lors, cette approche, selon les propos d'un psychologue, permet une exploitation facile, très appréciée des travailleurs sociaux. Cependant, en sens inverse<sup>75</sup>, un psychiatre infantile, de l'école systémique, à l'occasion de l'exposé d'un rapport devant une juridiction pour protéger un client ou patient enfant, expliquait:

Ce n'est pas possible de parler devant les juridictions d'ensemble de relations qui entraîne cet abus, ceci correspondant à la manière de penser dite systémique. Ce qui doit arriver est que de ce contexte une personne sera sélectionnée... L'unique chose qui intéresse réellement est l'individu<sup>76</sup>.

Cependant, cet exemple ne saurait suggérer que ce psychiatre en position de dilemme [soit il reste fidèle à la notion diffuse de causalité postulée par la théorie familiale systémique, soit pour la protection de l'enfant, présente son rapport d'expert de façon à combler les attentes du droit, c'est à dire qu'il trouve un individu responsable (ou irresponsable)] représente la relation entre droit et psychiatrie. L'objectif à travers cet exemple serait davantage d'ajouter à la complexité du modèle déjà bien chargé de Teubner. Ce n'est pas suffisant d'établir que le droit et les sciences du développement de l'enfant constituent des systèmes autopoïétiques différents ayant leurs propres procédures de construction de la réalité car à l'intérieur du domaine de la connaissance scientifique de l'enfant divers sous-discours, bien qu'utilisant tous des procédures scientifiques, produisent eux-mêmes des réalités différentes. Ainsi, de ces différentes versions, le droit va reconnaître et promouvoir activement ceux qui seront compatibles avec sa propre nature autopoïétique. A ces derniers sera attribué, après le processus de réductionnisme abordé précédemment, le statut de "psychologie-en-droit" ou "psychiatrie-en-droit". Le droit produit, en conséquence, non seulement des versions de l'enfant, de l'enfance, des parents et de la paternité ou maternité, en tant que sujets épistémiques, mais aussi des versions de la psychologie ou de la psychiatrie infantile, données sélectionnées et partielles en provenance de ces disciplines<sup>77</sup>. Les versions retenues par le droit seront ensuite renforcées par celles

des experts sélectionnés dont les préoccupations quotidiennes et les orientations théoriques (ou l'absence d'orientation théorique) seront de placer celles-ci dans le droit et de les "piéger" ensuite dans le discours juridique.<sup>78</sup>

## LES IMPLICATIONS POUR LE PROCESSUS JURIDIQUE

Intérêt de l'enfant, vecteur de co-opération ou d'interférence ? En réponse à cette question posée en début d'article, il est clair que la version de la théorie autopoïétique de Teubner favoriserait l'interprétation voyant dans les récents développements, dans le secteur du droit traitant des problèmes de la garde et de la protection de l'enfant, de véritables tentatives de réponse aux demandes des discours externes. Il apparaît tout aussi clairement que ceux qui espèrent promouvoir ou interpréter ces développements comme précurseurs de l'idéal de la juridiction de famille - avec justice et social main dans la main comme partenaires égaux, prêts à résoudre tout problème ou conflit faisant intervenir l'intérêt de l'enfant - seront déçus et ne pourront que décevoir ceux qui les croient. Ainsi qu'il a été démontré dans cet article, un véritable partenariat ne peut exister et toute tentative de fusionner le discours scientifique sur l'intérêt de l'enfant au discours du droit à l'intérieur du système juridique aboutira inévitablement au phénomène d'interférence entre ces deux discours et même à "l'asservissement" du savoir scientifique sur l'enfant au profit des objectifs institutionnels juridiques. En outre, la création d'une institution hybride telle qu'une juridiction de famille augmenterait l'étendue de "l'interférence" car le droit coloniserait alors les concepts des sciences "psy" d'où il résulterait une distorsion de leur signification originaires. De même que si ces différentes disciplines s'engageaient ensemble dans une entreprise commune avec le droit, elles perdraient probablement leurs identités originaires et seraient reconstruites par le discours juridique ou vice versa. Pour le système juridique cette interférence entraîne, d'une part, la construction de décisions au statut incertain laissant, pour partie, les justiciables dépourvus et déçus là où ils attendaient obtenir *la solution* et, d'autre part, parfois la violation de règles du droit, en particulier celle de principes fondamentaux du droit tel que celui du contradictoire.<sup>79</sup>

Au moment même où un rapport récent<sup>80</sup> met en relief les profondes aspirations de changement au sein du groupe des travailleurs et experts sociaux, tendant essentiellement à la professionnalisation de leur fonction ainsi qu'à la recherche de structures plus souples permettant une meilleure coopération entre juges, experts et enquêteurs sociaux, il ressort de notre étude que les experts "psy" et les travailleurs sociaux ne devraient pas donner foi à l'idée, quelque peu romantique, de création d'une juridiction de famille. Au contraire, il semble qu'ils devraient plutôt chercher à développer leurs propres mécanismes de résolution et de gestion des conflits hors des confins du système juridique, s'orientant plutôt vers des systèmes tels que l'arbitrage ou encore la médiation, ceci étant la seule voie pour la conservation de

leurs propres vue du monde et procédures de construction de la réalité<sup>81</sup>.

Cependant, bien que certains aient déjà souhaité voir étendre l'arbitrage au droit de la famille, il faut rappeler que les règles relatives à l'autorité parentale sont d'ordre public parce qu'elles participent à l'état des personnes; en conséquence, il ne peut y avoir de contrat judiciaire pour ce qui concerne la garde des mineurs "et ses accessoires tels que l'exercice du droit de visite et d'hébergement, les parties n'ayant pas la libre disposition de leurs droits."<sup>82</sup>

Quant à la médiation<sup>83</sup>, il n'est pas étonnant de constater qu'elle correspond majoritairement aux vœux exprimés par les travailleurs et experts sociaux; en effet, elle aurait pour avantage de résoudre certains problèmes mal ressentis par les concernés, à savoir l'isolement et le manque de relations entre les différents intervenants.

Or, alors que les travailleurs sociaux manifestent le désir, dans l'ensemble, de renforcer leurs relations avec le Juge aux Affaires Matrimoniales (par référence sans doute à la procédure exceptionnelle établie pour le juge des enfants et en réponse au problème de l'isolement), il semble qu'en ce domaine spécifique du droit du divorce, la mission sociale essentielle de ces derniers devrait être celle d'apaiser le conflit entre les parents afin que ceux-ci puissent construire de façon responsable l'avenir de leur relation parentale<sup>84</sup>, car "l'enfant n'existe pas en soi, pas plus que ses besoins ou ses droits, il est *relatif*, au sens où il ne se définit que par les relations qu'il entretient avec les adultes, avec ses parents"<sup>85</sup>; or pour cette mission, point n'est besoin du juge. Vouloir confier au juge une mission de médiation présenterait même certains dangers; par exemple, à la suite de deux décisions rendues par un juge des enfants en matière d'autorité parentale contestables tant sur le plan du droit que sur celui de l'opportunité de la solution, un commentateur souligne que le juge cherchait en réalité à effectuer un travail de médiation familiale visant beaucoup plus à dénouer le conflit par la restauration du dialogue entre les membres de la famille, qu'à statuer simplement sur les droits de chacun. Ces décisions, selon ce même auteur, mettent en relief l'utilisation de "la médiation dans son plus mauvais contexte - celui de l'intervention judiciaire - , et (semblent) aboutir bien plus à une médiation pour les adultes qu'à une solution pour les enfants."<sup>86</sup>

En effet, reprenant la distinction relevée par un auteur<sup>87</sup>, nous pourrions concevoir deux types d'organisation des relations juge/expert ou enquêteur social, l'une concernant le juge des enfants et l'autre le juge du divorce, le JAM. La procédure d'exception devant le juge des enfants, exempte de tout formalisme, se trouve bâtie sur le modèle de la protection sociale "centré sur la notion de besoin dont la prise en compte relève non pas de la responsabilité interindividuelle mais de la responsabilité sociale, celle-ci ne devant pas seulement s'exercer "à la demande" mais aussi préventivement et en fonction des intérêts de la société; ainsi, l'enfant pourra être conçu comme investissement social et au cas de prédélinquance (mesures d'assistance éducative) ou de délinquance juvénile, le problème relevant alors de l'ordre public, le juge des enfants aura pour mission la rééducation de l'enfant substituant ainsi, pour tout ou partie, les parents défaillants souvent désarmés à la vue du devenir de leur enfant; en particulier, l'assistance éducative ne représente qu'un aménagement des

règles ordinaires de l'autorité parentale dont les parents restent titulaires; son seul but est de protéger les enfants qu'un mauvais exercice de cette autorité met en danger. "Plutôt que de chercher à sanctionner la faute des adultes ou celle de l'enfant, le système nouveau vise à assurer au mineur une protection optimale, et à conseiller - assister - les père et mère. (...) le juge des enfants est donc à la fois au service de l'enfant, qu'il doit préserver du danger qui le menace, et, au service de l'autorité parentale, dont il doit s'efforcer de faire en sorte que son exercice par les parents soit conforme à l'intérêt de l'enfant. Le rôle de l'assistance éducative est d'adapter l'exercice de l'autorité parentale à ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, dans le respect du rôle des parents"<sup>88</sup>. Aussi, dans ce contexte, la conciliation des parents par le juge semble tout à fait réalisable, en particulier, "Entre le juge des enfants et la famille s'instaure ainsi une certaine réciprocité. Moyennant le respect des obligations particulières imposées par le juge et auxquelles elle acquiesce un peu par nécessité, la famille se voit reconnaître un début de normalité."<sup>89</sup> De même semble, a priori, possible le travail en collaboration du juge et des travailleurs sociaux, tous ayant pour but unique la rééducation de l'enfant.

En revanche, en matière de divorce et de garde d'enfant, un conflit privé entre les parents se trouve à l'origine du combat pour l'obtention de la garde de l'enfant, enjeu de celui-là; de plus, ce domaine est très proche du modèle contractuel<sup>90</sup> "où les acteurs familiaux seront d'abord considérés comme des partenaires jouissant de l'autonomie de la volonté, de la liberté contractuelle, dont il conviendra seulement de contrôler l'équilibre des ressources ou des statuts les uns par rapport aux autres, dans le cadre d'un processus où l'incitation à l'auto-régulation sera forte"<sup>91</sup>. Ainsi, même si en matière d'autorité parentale, l'ordre public impose de fixer des limites quant à la liberté d'organisation de ce droit par les parents, le législateur a souhaité que le juge tienne compte des accords des époux (cf. art. 252-2, 290 et 376-1 du c. civ. et 1117 du N.C.P.C.); et si ces accords ne semblent pas revêtir la force obligatoire, selon un auteur "la raison essentielle pour refuser de donner tant d'importance à l'accord des parents est que celui-ci serait, à coup sûr, la porte ouverte à des marchandages et même, à un chantage entre les parents: (...): jusqu'au bout du procès, le parent sûr d'avoir une attribution exclusive (la mère, le plus souvent), aurait négocié son consentement, sans évidemment que le JAM ne s'en aperçoive."<sup>92</sup> Or, là encore le recours à la médiation permettrait d'éviter ce genre de situation car, selon nous, les procédures mises en oeuvre à cette occasion, devraient se traduire par un travail thérapeutique sur la famille afin de dédramatiser les situations, permettant aux parents d'accepter leur échec conjugal et donc la continuation, sur des bases saines, de leur relation parentale; il ne s'agirait donc plus, dans ce contexte, pour les assistants sociaux et psychologues ou psychiatres de fournir au juge des rapports d'enquête ou d'expertise, source de distorsion de leur connaissance, mais d'exercer leurs savoirs de façon autonome selon leurs propres procédures, dans des structures propres adaptées à leurs besoins, et ceci préalablement à toute procédure judiciaire<sup>93</sup>. Prenant place hors du système juridique, la médiation serait pratiquée dans un cadre institutionnel dépourvu de tout pouvoir coercitif à l'égard des époux. De plus, elle pourrait constituer une procédure amiable de recherche d'un consensus

entre les parents sur la garde de l'enfant, respectant au mieux l'intérêt de l'enfant, pour tout parent ayant l'intention de divorcer. Ainsi, le seul lien juridique de cette institution serait, d'une part, la soumission à homologation judiciaire de la solution retenue en accord avec les parents, sur la garde de l'enfant, ou, au cas de désaccord persistant, la proposition de différentes solutions que le juge couvert de son autorité se devrait de trancher lui-même<sup>94</sup>. D'autre part, devrait-elle s'occuper du suivi des affaires, les parents devant se rendre auprès de cette institution pour tout problème pouvant surgir à la suite du divorce concernant l'organisation de l'autorité parentale, et ce n'est qu'au cas de problème persistant que le juge interviendrait.

Outre que cette solution aurait l'avantage de désengorger les tribunaux, elle présente l'énorme avantage de ne pas produire l'interférence ou l'"asservissement" du discours de ce savoir scientifique par le droit et donc de permettre la dédramatisation effective du conflit parental et, par là même, le respect de l'intérêt de l'enfant.

Par ailleurs, la médiation permet de laisser de côté d'autres hypothèses plus délicates à manier. Par exemple, l'option pour l'attribution à une organisation sociale de pouvoirs judiciaires tels que la possibilité pour un service social de prendre des mesures d'assistance éducative<sup>95</sup>. Or, la réalisation d'enquêtes sociales ou d'expertises à l'intérieur des familles, sans aucune possibilité réelle de recours pour les concernés contre les résultats de ces investigations, peut parfois représenter une intrusion difficilement supportable ou acceptable en considération d'autres principes tels que le respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que l'article 9 du code civil qui prévoient le droit de toute personne au respect de sa vie privée ou familiale<sup>96</sup>, et elle peut conduire à une suspicion généralisée de tout parent, au nom de l'intérêt de l'enfant<sup>97</sup>. De plus, par référence même aux sciences du développement de l'enfant, l'éviction totale du juge n'apparaît pas souhaitable dans la mesure où certains psychologues et psychiatres ont souligné que l'intervention du juge pouvait contribuer à une meilleure acceptation de la situation familiale, nouvelle, par l'enfant<sup>98</sup>.

Une seconde hypothèse envisageable, en cas de conflit sur l'attribution de la garde, aurait été de s'adresser au premier intéressé, c'est à dire à l'enfant lui-même (tout au moins quand l'enfant a atteint une maturité suffisante). La loi a déjà prévu une audition de l'enfant par le juge, obligatoire lorsque l'enfant est âgé de plus de 13 ans. Cependant, là encore des objections surgissent; l'enfant doit-il devenir un acteur du divorce ?<sup>99</sup> Aussi, un auteur souligne-t-il que 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.<sup>100</sup>

Eu égard à ces différents constats, la création d'une institution sociale non liée par son statut à la justice nous paraît présenter beaucoup d'intérêts, même si nous sommes conscients qu'il ne peut s'agir d'une solution idéale...

Aussi, quant à la discussion actuelle, en France, sur la mise en place d'un tribunal de la famille avec le juge aux affaires familiales, juge entouré de travailleurs sociaux, celle-ci présenterait sans aucun doute de nombreux avantages quant à une bonne administration de la justice en regroupant tout le contentieux de la famille (hormis

toutefois celui relevant de la compétence du juge des enfants) et en connaissant des affaires du début à la fin. Cependant, une fois de plus, le problème des relations entre droit et connaissances "psy" reste ignoré et en plaçant le système judiciaire comme première institution pour la construction de quelque controverse que ce soit concernant les enfants, le système juridique pousse effectivement les pourvoyeurs du savoir "psy" de l'enfant à livrer cette dernière aux miroirs déformants du droit, c'est à dire à provoquer la reconstruction de cette connaissance selon les catégories réductrices, juste et faux, légal et illégal.

Or, comme nous l'avons constaté, cette interférence entre le droit et les sciences du développement de l'enfant, en matière de divorce, peut être également préjudiciable aux justiciables abandonnés en position d'incertitude, lorsque le droit ne résout pas totalement leurs conflits<sup>101</sup>.

En conclusion, nous soulignerons que le débat actuel sur la création d'une nouvelle juridiction du juge aux affaires familiales devrait se concentrer sur ce problème d'interférence, et donc, plus particulièrement, sur le point de savoir dans quelles mesures il serait possible d'avoir recours à une médiation située hors du système juridique, car il serait infructueux de s'acharner à voir dans la notion d'intérêt de l'enfant, en matière de divorce, un vecteur de co-opération au lieu d'un vecteur d'interférence.



## NOTES ET REFERENCES

1. "Ce terme, aux contours incertains, ne relève pas d'une commodité de langage, mais sert à connoter le polymorphisme des compétences requises, unifié par le statut social des agents qui en sont porteurs. Il s'agit de professionnels de l'enfance ayant en commun d'être des "psychistes" (psychiatres, psychologues, éventuellement psychanalystes). Leurs opinions ou avis, marqués du sceau de la scientificité que confère une formation attestée et/ou l'expérience, sont susceptibles de faire autorité. C'est donc la légitimité sociale qu'ont ces agents à produire et énoncer un savoir "psy" sur l'enfant qui fonde l'unité de la catégorie."

In Cahiers du CRIV, 4, De quel droit ? De l'intérêt aux droits de l'enfant (janv. 1988); J.P. ALMODOVAR, "Le "psy", le juge et l'enfant..." p.63, note 1.

2. A titre d'illustration peut-on rappeler l'attendu principal de la première chambre civile de la Cour de Cassation, dans son arrêt du 8 janvier 1980, "Méconnaît l'article 232 du Nouveau Code de Procédure Civile, le juge qui charge un expert de dire si le défendeur est redevable envers le demandeur de la somme déclarée" (Cass., civ. 1, 8 janv. 1980, Bull.civ.I, p.13).

Cependant cette complémentarité est à relativiser dans la mesure où, selon l'article 238 du Nouveau Code de Procédure Civile, le technicien ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique et selon l'article 237 du même code il doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité, alors qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement l'objectivité des rapports d'experts (cf., en part., Cass., civ.3, 20 juin 1979, Bull. civ.III, p.105).

3. selon l'expression du doyen CARBONNIER; c.f. Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in "La notion à contenu variable en droit", Bruxelles, Ed.Brulyant, 1984.

4. C.f. en part., articles 372-1 et 287-2 du Code civil.

5.H.von FOERTER, "Observing Systems", 2ème éd. 1984, Intersystems publications.

6.H. MATURANA, F.J. VARELA, "Autopoiesis and Cognition", 1980, Boston: Reidel.

7. C.f. en part., J.A. GARCIA AMADO, "Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann", Droit et société, n. 11-12, 1989. Egalement, G. TEUBNER, "Comment le droit pense : pour une épistémologie constructiviste du droit", traduit de l'allemand par Nathalie Boucquey, Annales 1992 (à paraître); et Journal M, La Théorie des Systèmes autopoïétiques, Interview de G. Teubner réalisé par V. Munoz-Darde et Y. Sintomer, p.36, n.44, fév. 1991.

8. G. TEUBNER, "How the law thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law" (1989) 23 Law and Society Review, p. 783.

9. id., p. 741.

10. id.; également, Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, ed. G. Teubner (1988).

11. TEUBNER, *op.cit.*, n.3, p.736.
12. N. LUHMANN, "Closure and Openess: On reality in the World of Law" et "The Unity of the Legal System" in Teubner (ed.), *op. cit.*, n.8 (1988).
13. TEUBNER, *op.cit.*, n.5, p. 783.
14. H. ROTTLEUTHNER, "A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System" (1989) 23 *Law & Society Rev.* 778-97, en part. p. 783.
15. N. LUHMANN, "Law as Social System" (1989) 83 *North-western University Law Rev.* 136-50.
16. TEUBNER, *op. cit.*, n.5, p.747.
17. TEUBNER, *op. cit.*, n.3, p.747.
18. *id.*, p.749.
19. *id.*, p.750.
20. LUHMANN, *op. cit.*, n.10, p.27.
21. *id.*, pp. 25-6.
22. G. TEUBNER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law" (1983) 17 *Law & Society Rev.* 274.
23. Par "substantive", il faut entendre que le droit est utilisé comme instrument d'intervention par l'Etat pour l'atteinte d'objectifs déterminés (RHEINSTEIN, Max (1954), "Max Weber on Law in Economy and Society"; Cambridge: Havard University Press); la manière "responsive" correspond à un droit orienté selon certains objectifs de l'Etat mais dont les procédures d'élaboration renforceront la dimension "participative" (NONET and SELZNICK (1978) "Law and Society in Transition: Toward Responsive Law. New York: Harper); le droit "réflexif" se caractérise par un un nouveau type d'auto-limitation: il ne s'occupera que de la mise en place, de la correction et de la redéfinition des mécanismes démocratiques auto-régulateurs [TEUBNER G., "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review*, vol. 17, Number 2 (1983)].
24. *id.*
25. Pour un exposé détaillé du problème, c.f. M. KING et C. PIPER, "How the Law Thinks about Children" (1990).
26. C.f. A. MORRIS et H. GILLER, "Understanding Juvenile Justice" (1983) ch.3.
27. Cela dit, nous sommes conscients que toute science peut être vue sous un angle politique dans la mesure où elle reflète les relations de pouvoir existant au sein de la société. Mais c'est précisément cette vision "simpliste" de la nature de la science et du discours scientifique que nous cherchons à remettre en cause.
28. Cela se produit en dépit des changements radicaux en philosophie des sciences, alors qu'une partie non négligeable de la communauté scientifique ne prétend plus être en mesure de définir la vérité absolue. Ce mouvement post-positiviste a également soulevé des doutes quant à la tentative de

comparer ou classifier selon leur fiabilité, différents domaines d'investigations intellectuelles, chacun possédant son propre savoir et ses propres expériences. C.f. M. KING, "Psychology in and out of Court" (1986), ch.3. Aujourd'hui, pour la plupart des scientifiques, la signification du terme scientifique dépend moins de l'application d'un critère externe à des activités que de la façon dont les membres d'une discipline définissent leur propre activité et les processus de validation de leur savoir qu'ils utilisent.[c.f., par ex., K. POPPER, "The Logic of Scientific Discovery" (1965) et J. SEARLE, "Minds, Brains and Science" (1984)]. Et pour une opposition franche à cette pensée post-positiviste, L.J. COHEN (1977).

29. D. NELKEN, "The Truth about Law's Truth" (1990), p.21.

30. C.f. LUHMANN, op. cit. n.13, pour un exposé sur la nature binaire de la pensée juridique. Egalement N. EASTMANN, "Psychiatric, Psychological and Legal Models of Man" International J. of Law & Psychiatry.

31. Par ex., D. FAIGMAN, "To Have and Have Not: Assessing the Value of Social Science and Policy" 38 Emory Law J. 1005-95.

32. C.f. M. HESSE, "Révolutions and Reconstructions in the Philosophy of Science" (1980) pour un exposé des traits distinctifs entre humain et sciences naturelles, et une critique de ces distinctions; également M.A. ARBIB, M.B. HESSE, "The Construction of Reality", Cambridge, 1986, Cambridge Univ. Press.

33. Bien que la théorie psychanalytique fasse l'objet d'un statut scientifique controversé, en particulier chez Popper qui déclare que celle-ci a autant le droit de revendiquer le statut de science que les histoires contées par Homère, nous ne considérons pas cependant que Popper représente l'arbitre final dans ce débat. C.f. P. FEYERABEND, "Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge" (1975).

34. I. THERY; Rapport de recherche, "Expertise et Enquête Sociale en Matière de Divorce - Inventaire des Moyens Existants"; Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson.

35. G. TEUBNER, communication personnelle, 28 nov. 1989.

36. FREUD, GOLDSTEIN, SOLNIT, "Beyond the Best Interests of the Child"; N-Y., Free Press (1973). Trad. Française: "Dans l'intérêt de l'enfant ? Vers un nouveau statut de l'enfant", Paris, E.S.F., 2ème éd.(1980).

37. Cf. note précédente.

38. Ainsi, la notion même d'établissement des faits par les juridictions fait intervenir de façon prépondérante une interprétation et une évaluation subjective en contradiction avec le discours juridique.

39. C.f., en part., E. EHRlich, "Principes fondamentaux de la Sociologie du Droit" (1936) ou R. COTERRELL, "Sociology of Law" (1984), ch.4.

40. Par ex., N. H. MANNING (ed.), "Social problems and Welfare Ideology" (1985).

41. Il est cependant vrai que certaines sciences du développement de l'enfant notamment certaines branches de la psychologie ou la psychanalyse détachent les causes des problèmes de l'enfant, bien que là encore apparaisse un souci croissant de ne pas négliger la relation entre les événements extérieurs

du monde environnant et le comportement au sein de la famille. C.f. par ex., BOWLBY, "A Secure Base", 1988.

42. A dessein, nous ne distinguerons pas, lors de cet article, les différentes catégories de travailleurs sociaux dans la mesure où la grande différence entre ceux-ci se situe sur l'étendue de leurs prérogatives reconnues légalement; or la pratique a nettement atténué ces différences en faisant apparaître un changement progressif de la nature de l'enquête sociale qui de la simple fourniture de renseignements objectifs est passée à une mission, confiée à un technicien de la relation humaine, d'étude de la situation familiale - et non plus d'enquête - afin de faire apparaître, en tentant de dénouer le conflit parental, la solution la moins mauvaise pour l'enfant, et la mieux adaptée à la personnalité de chaque membre du groupe familial, remodelé par la séparation. C.f. T. GARE; "L'enquête sociale dans la désunion des parents"; RTDC 1986, p. 692 et s.

43. En particulier, devant les cours anglo-américaines ces privilèges deviennent spécialement significatifs car, au contraire des témoins ordinaires, les experts sont autorisés à donner leur opinion sur tout sujet couvert par l'expertise. Le droit lorsqu'il s'agit d'affaires impliquant des enfants, a construit la notion d'expertise d'une façon telle qu'elle recouvre tous les membres des groupes professionnels dont la mission est, au moins pour partie, le soin des enfants. Cela inclut les travailleurs sociaux, les "guardians ad litem", les "probation officers" agissant comme agents sociaux, auprès de la cour, les visiteurs médicaux et des experts spécialisés tels que psychiatres et psychologues pour enfants. Tous sont libres de donner leur opinion devant la cour, quant aux soins prodigués par une mère par exemple, ou les effets probables sur un enfant de la visite régulière de son père ou de sa mère.

44. En France, les psychologues doivent être titulaires d'un diplôme les habilitant à travailler en tant que psychologue judiciaire auprès des tribunaux.

45. In Rapport de recherche, sous la responsabilité scientifique de I. THERY; "Expertise et Enquête Sociale en Matière de Divorce - Inventaire des Moyens Existants"; Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson, Institut de l'Enfance et de la Famille.

46. Par comparaison, dans les pays de droit coutumier seraient considéré comme non-experts, par exemple, les parents ou grand-parents de l'enfant ou même une mère nourricière avec qui l'enfant a pu vivre.

47. Dans les systèmes adversaires du droit coutumier, la confiance portée aux experts sociaux se bâtit, non pas sur un quelconque critère scientifique, mais sur leur performance devant la Cour - la confiance qu'ils manifestent lors de l'exposé de leur analyse et lors de l'épreuve du contre interrogatoire ou de la confrontation à d'autres experts. Aussi, n'est-il pas surprenant d'observer que des cours d'entraînement sont dispensés et des manuels pour les experts-témoins rédigés, afin de préparer ceux-ci à réussir leur performance en salle d'audience.

48. C.f., pour un exposé de cette recherche, M. KING, "Children and the Legal Process: View from a Mental Health Clinic" (1991) 13 J. of Social Welfare and Family Law 269-84.

49. Propos recueillis lors de l'étude menée en 1989-90, par M. King dans une clinique psychiatrique de Londres.

50. C.f. I. THERY; "Savoir ou Savoir-faire : L'expertise dans les procédures d'attribution de l'autorité parentale post-divorce"; Actes de la recherche en sciences sociales, Droit et Expertise, n. 76/77, mars 1989.

51. C.f. note précédente.
52. C.f. note préc.
53. HAMILTON V.L., (1980); "Intuitive psychologist or intuitiv lawyer ? alternative Models of the attribution process" in *Journal of Personnality and Social Psychology*, 39, 767-772.
54. Cf. note 1, p.70.
55. J. DONZELOT, "La Police des Familles"; Ed. de Minuit, 1977.
56. L'on doit noter que tout parent biologique n'est pas forcément parent légal. Ainsi, dans les pays de l'ouest, le droit accorde le statut de père (légal, c'est à dire doté de la responsabilité parentale) d'enfants naturels que si la mère donne son consentement ou si la juridiction le déclare tel.
57. Cf. note 34.
58. J. WALLERSTEIN et J. KELLY, "Surviving the Break-up" (1981).
59. Cass., civ.1, 11 mai 1976, Dalloz Sirey. 1976, p. 521.
60. C.f. note n.5
61. A titre d'exemple, le législateur énonce dans la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, "Chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel.(...)" (article 375-2 du code civil); le milieu actuel faisant référence, bien entendu, au milieu familial. De même, selon l'article 375-7 du code civil, "Les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure. (...)".
62. C.f. Toulouse, 14 mai 1974, Dalloz 1975, somm. p.77, soulignant qu'en droit la garde de fait ne confère, en matière civile, aucun droit à celui qui l'exerce.
63. En effet, selon l'article 371-4 al 2 du Code civil figurant au titre neuvième, chapitre premier intitulé "De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant", par considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de visite ou de correspondance à d'autres personnes, parents ou non.
64. Civ.1, 28 janv. 1969, D. 1969.296.
65. Civ.1, 30 mai 1978, D. 1978. I.R. 394 et Civ.1, 16 janv. 1979, Bull.civ. I, p.18.
66. Selon l'expression du doyen Jean CARBONNIER.
67. Il semble particulièrement difficile, en effet, d'espérer eu égard aux faits de l'espèce, une quelconque possibilité de conciliation entre la mère et la nourrice, cette dernière n'ayant eu recours à la justice qu'aux fins d'obtenir le renforcement de la situation de fait par sa reconnaissance juridique.
68. Notons que selon l'article 375-3 in fine du code civil, en cas de jugement de divorce ou de séparation de corps, le juge des enfants ne peut ordonner des mesures éducatives qui modifient la garde organisée par le tribunal civil, à moins qu'un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur se soit révélé après la décision du tribunal: (en part. civ. 16 juill. 1974, D. 1974, som.114).

En revanche, le tribunal civil conserve la faculté de décider à qui l'enfant devra être confié, malgré l'existence d'une mesure éducative: (en part., Colmar, 3 fév. 1964, J.C.P. 1964 II 13698, note Raynaud).

69. Cass. civ. 1, 26 juin 1990, Sem. jur., Ed. G., 1990, n.24, p.210; note F. Vauville.

70. C.f. F.VAUVILLE, Premier regard judiciaire sur la loi Malhuret, D.1989, chr.125; J.Rubellin-Devichi, RTDC civ.1990, p.448.

71. Cass. civ., 25 nov. 1981, D. 1982, IR 207. et spécialement Grenoble, 12 juin 1978, D. 1978, IR. 399 où la Cour refuse d'attribuer l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur l'enfant naturel aux deux parents, comme le demandait le père naturel, au motif qu'"on voit mal comment pourrait s'exercer en pratique et sans risque de difficultés graves, préjudiciables à l'enfant, une autorité parentale conjointe lorsque le père et la mère ne cohabitent pas et que comme présentement, la mère refuse même de voir le père." Notons que l'intérêt de l'enfant s'apprécie au regard des capacités des parents à cohabiter.

72. L'on peut relever le rapprochement très marqué actuellement, en droit, entre la famille légitime et la famille naturelle: aussi n'est-il pas surprenant que la loi Malhuret de 1987 tende, par cette possibilité de simple déclaration conjointe des parents naturels, à favoriser la procédure de reconnaissance préalable des enfants naturels permettant d'établir ainsi la filiation paternelle et maternelle. En outre, alors que la loi du 4 juin 1970 a consacré la dématérialisation de la garde en insistant sur l'accord des parents, ce nouvel aspect semble retentir également, eu égard à l'arrêt considéré, sur le régime de la garde dans la famille naturelle.

73. C.f. Amiens, 9 février 1988, in chr. Personnes et droits de la famille, J. RUBELLIN-DEVICHI, RTDC 1990, p.443 et s., arrêt indiquant que le juge des tutelles se trompait en ordonnant une enquête sociale aux fins notamment d'évaluer la stabilité du couple et de décrire les motifs de l'illégitimité de la situation et en refusant au vu de l'enquête d'attribuer l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, selon l'arrêt de l'espèce, le juge ne pourra vérifier que la réalité de l'accord des parents et de la reconnaissance préalable de l'enfant.

74. C.f. J. CARBONNIER, "Flexible Droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur", 6. éd., L.G.D.J. p.213.

75. Ceci marque les querelles idéologiques existant entre les experts sociaux et il est intéressant de mentionner que certains psychiatres refusent de travailler pour la justice en considérant que celle-ci pervertirait leur savoir.

76. Propos recueillis lors de la recherche entreprise dans la clinique psychiatrique citée précédemment.

77. C.f. P. DAVIES, "There is a book out...": An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts" (1987) 100 Harvard Law Rev. 1539-1603; en part. l'auteur soulève le même point de vue quand elle critique les cours d'accepter le concept de parent psychologique sans examiner son devenir lorsqu'il est utilisé par les experts psychologues.

78. On peut remarquer que ce processus de reconstruction de l'information entre droit et sciences sociales ne se produit pas seulement dans un sens; à titre d'illustration on citera quelques propos tirés d'un ouvrage de Françoise DOLTO traduisant même une tentative d'asservissement du droit par les sciences "psy"; "(...)Il faut que l'enfant sache que le juge ne fait pas la loi et qu'il ne fait pas ce qu'il veut. Le juge est retenu et par la loi et par la logique d'une situation : il prend donc une mesure que l'enfant n'aurait peut-être pas souhaitée, mais qui lui apparaît comme la meilleure pour le développement de celui-ci. Pour bien des familles, le juge apparaît comme faisant la loi. Or, il est très important, quand on pense à l'avenir d'un enfant, pour écarter le risque qu'il ne devienne délinquant (...), que le juge

*rappelle qu'il est lui-même soumis à la loi et qu'il ne fait que l'appliquer. Car c'est au moment où la loi est passée dans la famille, lors du divorce, qu'elle pouvait être enseignée comme un fait de castration, valable pour tous (...)*.

In "Quand les parents se séparent", Paris, Ed. Seuil, 1988, pp. 133-36.

De même, si l'on en croit les propos de deux auteurs, B.CANTWELL et N.SMITH déclarant: "...Bien que la plupart des juges s'identifient à leurs racines juridiques, ils essaieront cependant de placer ces considérations de pur droit en seconde position lorsqu'il s'agit du bien-être de l'enfant - ce qui semble prouvé en ce qu'il se fient davantage au travailleur social qu'à l'avocat cherchant à se forger un point de vue objectif sur les besoins de l'enfant". Et, toujours selon ces mêmes auteurs, les travailleurs sociaux devraient inclure plutôt qu'exclure la Court (tribunal) à l'intérieur de la structure systémique de base. "A systemic approach to Divorce Court welfare work" in *Journal of Family Therapy*, 12 (1990).

79. Ceci a été abordé précédemment (cf note 45) lorsque nous avons souligné une certaine tendance par les enquêteurs sociaux à la pratique du rapport verbal au juge.

80. Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson, Institut de l'Enfance et de la Famille; "Expertise et enquête sociale en matière de divorce - Inventaire des moyens existants". Rapport de recherche; responsable scientifique: Irène THERY.

81. De tels mécanismes formels mais non-coercitifs de résolution et gestion des conflits hors du système juridique existent dans d'autres pays européens tels que la Hollande et l'Ecosse. Pour une étude comparative, c.f. KING et PIPER, op.cit. n.25.

82. Paris, 19 févr. 1988, inédit.

C.f.également, Cass. civ., 7 oct. 1987 où la Cour casse un arrêt au motif que, "lorsqu'ils fixent les modalités du droit de visite accordé sur les enfants au parent non attributaire de la garde, les juges ne peuvent déléguer sur ce point les pouvoirs que leur confère la loi". (Bull.civ.II, n.190).

En sens contraire, en Angleterre, le Children Act (1989) laisse aux parents la possibilité d'organiser eux-mêmes leur "responsabilité parentale" (nouvelle notion remplaçant celle de "droits"), sans aucune intervention du juge.

83. Dans l'étude menée précitée, c'est une acception large de la médiation qui a été retenue, allant de la simple organisation des entretiens de façon à faciliter la négociation entre les parties, jusqu'à la mise en oeuvre de l'exercice du droit de visite et d'hébergement sous le contrôle et dans les locaux d'un service.

84. Dans le rapport précité, il est souligné qu'"il n'est pas rare, semble-t-il, que la formulation même d'une mission d'enquête sociale comporte celle de "concilier les parties" (TGI Paris, cf intervention de M. Gravaud, présidente de l'Association Nationale des Enquêteurs sociaux, lors de la session "médiation" organisée par l'ENM et la PJJ les 25-29 mars 1991). Sans aller jusqu'à une demande explicite, de nombreux magistrats nous ont déclaré espérer qu'une enquête ou une expertise aide à l'apaisement du conflit, améliorant ainsi les conditions dans lesquelles sera rendue la décision, les chances d'une bonne exécution du jugement, et en définitive l'intérêt de l'enfant." C.f. note 73, p. 32-33.

85. I. THERY, "L'enfant face à la séparation parentale. "Intérêt de l'enfant" et "Droits de l'enfant". " in Cahiers du CRIV, 4, De quel droit ? De l'intérêt... aux droits de l'enfant (janv. 1988); p.157.

86. T. GARE, note sous Toulouse, Trib. enfants, 13 sept. 1988 et 2 févr. 1989; D. 1990, jurisprudence p. 395 et s. En l'espèce le juge des enfants, incompétent en matière d'autorité parentale, avait décidé d'accorder à la suite du conflit entre les parents et les grands-parents de deux enfants, l'autorité parentale conjointement aux opposants, sans pourtant désigner le lieu de résidence des enfants

(première espèce); puis cette solution conduisant à la pratique de la garde alternée, solution néfaste pour les enfants, le juge a finalement décider d'attribuer l'exercice de l'autorité parentale aux parents (solution considérée d'ailleurs d'inopportune eu égard au contexte par le commentateur).

87. J. COMMAILLE; "Ordre familial, ordre social, ordre légal"; in *L'année sociologique*, vol. 37-1987, p. 281 et s.

88. T. GARE, cf. note 80.

89. C. AMIEL, A. GARAPON, "La justice des mineurs entre deux ordres juridiques: justice imposée, justice négociée." In *Cahiers du CRIV*, 4, De quel droit ? De l'intérêt... aux droits de l'enfant. (janv. 1988) p.35.

90. C.f. les limites énoncées pour l'arbitrage.

91. CARDIA VONECHE L., BASTARD B., *Les silences du juge ou la privatisation du divorce*, Droit et Société, n.4, oct. 1986.

92. J. RUBELLIN-DEVICHI; rubr. *Personnes et Droits de Famille*, R.T.D.C. 86(4) oct. déc. 1987, p.739.

93. Il s'agit, en effet, d'éviter que les époux soient déjà reconstruits dans le système juridique en tant que parties au procès avec les conséquences juridiques que cela implique, en particulier, la "bataille" des avocats des parties pour la défense des intérêts de leurs clients, incompatible avec toute tentative d'apaisement du conflit.

Dans ce sens T. GARE considère qu'il est souhaitable que la médiation familiale se développe hors du champ judiciaire, en amont de celui-ci, à un stade où la conflit, moins radicalisé, peut être dénoué, à moindres risques pour les enfants. Cf. note 80.

94. Dans tous les cas, il est préférable de tenter de faire naître l'idée d'une scission entre le contentieux du divorce et le problème de l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale.

95. Notons que dans le système français la répartition de compétence entre système judiciaire (juge des enfants) et système administratif de la Santé quant à la possibilité d'intervenir pour la protection de l'enfant se définit selon l'existence d'un "état de danger" (compétence juridique) ou d'un "risque de danger" (compétence des DDASS).

96. C.f. les affaires W, B, H, O et R contre Royaume Uni concernant des décisions prises par des organismes administratifs exerçant des compétences judiciaires ou parajudiciaires et pour lesquelles la Cour européenne a statué le 8 juillet 1987; ces décisions sont relatives aux modalités d'attribution des droits de garde et de visite des enfants à la suite de sanctions prises contre les parents déchus ou indignes, le plus souvent condamnés du chef de violence à enfant. Les parents requérants invoquaient la violation des articles 8, 6, 13 de la Convention; pour l'article 8, ils considéraient qu'il y avait atteinte au respect de leur vie familiale, les procédures et voies de recours étant insuffisantes pour assurer leur protection. La Cour européenne a fait droit aux requérants et a condamné la Grande Bretagne au titre des articles 6 et 8 de la Convention. Les commentateurs des décisions ont souligné la préoccupation de la Cour de maintenir le lien parents/enfants par l'exercice du droit de visite même si la situation sociale ou la conduite avaient justifié une décision de retrait de garde. *Rev. sc.crim.*(4), oct.-déc. 1987, p.933.

97. Selon P. ARIES, "Médecins, psychiatres, psychologues, travailleurs sociaux, contribuent à répandre l'idée que l'enfant est menacé par une société hostile (...)" in "L'image de l'enfant-victime" *Rev. Les droits de l'enfant*, N. 669, 13 déc. 1991, p.54.



98. C.f., F. DOLTO, préc.

99. Pour une réponse positive, l'on mentionnera un article de presse relatant une décision de justice s'appuyant pour la première fois sur la Convention internationale des droits de l'enfant (ratifiée par la France en août 1990). En l'espèce un droit de visite suite à une procédure de divorce, avait été accordé au père d'une enfant; cependant l'enfant manifestait un "blocage" contre son père et la mère s'opposa à l'exercice de ce droit. Le juge au lieu de se contenter d'ordonner une enquête sociale, "compte tenu des contradictions d'intérêts existant en l'espèce entre l'enfant et chacun de ses parents", accepte que l'enfant "intervienne volontairement". En conséquence, il ne s'agit plus de la simple audition de l'enfant mais de l'intervention de ce dernier en tant que partie dans la procédure. Catherine ERHEL, "Trois avocats pour un divorce", Libération, Paris, 29 mai 1991 (extrait).

Pour une réponse négative, c.f. l'arrêt précité du 7 octobre 1987 sanctionnant les juges du fond pour avoir accordé un droit de visite à un père sous la condition expresse que les enfants acceptent de voir ce dernier.

100. C.f. A. FINKIELKRAUT; "La nouvelle statue de Pavel Morozov", le Monde, Paris, 9 janv. 1990.

101. Pourrions-nous établir de là, un lien entre le droit ouvert sur le discours des sciences sociales et la crise de légitimité actuelle de la justice ?





# EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the  
European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge – depending on the availability of  
stocks – from:

The Publications Officer  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)  
Italy

**Please use order form overleaf**

# Publications of the European University Institute

To            The Publications Officer  
              European University Institute  
              Badia Fiesolana  
              I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)  
              Italy

From        Name .....

              Address .....

              .....

              .....

              .....

              .....

- Please send me a complete list of EUI Working Papers
- Please send me a complete list of EUI book publications
- Please send me the EUI brochure Academic Year 1992/93

Please send me the following EUI Working Paper(s):

No, Author            .....

Title:                    .....

No, Author            .....

Title:                    .....

No, Author            .....

Title:                    .....

No, Author            .....

Title:                    .....

Date            .....

Signature            .....



# EUI Working Papers as from 1990

As from January 1990, the EUI Working Papers Series is divided into six sub-series, each series is numbered individually (i.e. EUI Working Paper HEC No. 90/1; ECO No. 90/1; LAW No. 90/1; SPS No. 90/1; EPU No. 90/1; ECS No. 90/1).



February 1992

## Working Papers in Law

**LAW No. 90/1**

David NELKEN  
The Truth about Law's Truth

**LAW No. 90/2**

Antonio CASSESE/Andrew  
CLAPHAM/Joseph H.H. WEILER  
1992 – What are our Rights?  
Agenda for a Human Rights  
Action Plan

**LAW No. 90/3**

Sophie PAPAETHYMIU  
On a "Constructivist  
Epistemology of Law"

**LAW No. 90/4**

Joachim WÜRMEILING  
Legislativer Trilog im Institutionen-  
dreieck der Europäischen  
Gemeinschaft. Das Verfahren der  
Zusammenarbeit nach Artikel  
149 Absatz 2 EWGV.

**LAW No. 90/5**

Renaud DEHOUSSE  
Représentation territoriale et  
représentation institutionnelle:  
réflexions sur la réforme du Sénat  
belge à la lumière des expériences  
étrangères

**LAW No. 90/6**

J. KORTE (ed.)  
A. E. KELLERMANN/  
W. M. LEVELT-OVERMARS/  
F. H. M. POSSEN  
Primus Inter Pares: The European  
Court and National Courts.  
The Follow-up by National Courts  
of Preliminary Rulings

ex Art. 177 of the Treaty of  
Rome: A Report on the Situation  
in the Netherlands

**LAW No. 90/7**

Reiner GRUNDMANN  
Luhmann Conservative, Luhmann  
Progressive

**LAW No. 90/8**

Bruno DE WITTE  
The Integrated Mediterranean  
Programmes in the Context of  
Community Regional Policy \*

**LAW No. 90/9**

Anne-Laurence FAROUX  
Le Ministère de la Culture en  
France: Création et organisation

\* \* \*

**LAW No. 91/10**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 1*

Christian JOERGES  
*The Juridification of Product  
Safety Policy*

**LAW No. 91/11**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 2*

Gert BRÜGGEMEIER/  
Hans-W. MICKLITZ  
*Product Safety Legislation  
in France and in the United  
Kingdom*

**LAW No. 91/12**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 3*

Gert BRÜGGEMEIER/  
Josef FALKE/Christian JOERGES  
*Product Safety Legislation in the  
Federal Republic of Germany and  
in the United States*

**LAW No. 91/13**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 4*

Josef FALKE/Christian JOERGES  
*"Traditional" Harmonisation  
Policy, European Consumer Pro-  
tection Programmes and the New  
Approach*

**LAW No. 91/14**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 5*

Christian JOERGES/  
Hans-W. MICKLITZ  
*Internal Market and Product  
Safety Policy*

**LAW No. 91/15**

Christian JOERGES  
Markt ohne Staat? Die  
Wirtschaftsverfassung der Ge-  
meinschaft und die Renaissance  
der regulativen Politik

**LAW No. 91/16**

Erk Volkmar HEYEN  
Systemic Interference and Social  
Segmentation of Scientific Legal  
Discourse: Some Theoretical  
Perspectives and Empirical  
Results in the Field of Continental  
Administrative Law

**LAW No. 91/17**

Andrea SCHULZ  
Verfassungsrechtliche Grundlagen  
der auswärtigen Kulturpolitik

**LAW No. 91/18**

Hans-W. MICKLITZ  
Internal Legal Instruments for the  
Regulation and Control of the  
Production and Use of Chemicals  
and Pesticides

**LAW No. 91/19**

Hans Ulrich Jessurun  
d'OLIVEIRA  
Class Actions in Relation to  
Cross-Border Pollution.  
A Dutch Perspective

**LAW No. 91/20**

Luis María DíEZ-PICAZO/  
Marie-Claire PONTTHOREAU  
The Constitutional Protection of  
Social Rights: Some Comparative  
Remarks

\*\*\*

**LAW No. 92/21**

Aidan O'NEILL/Jason COPPEL  
The European Court of Justice  
Taking Rights Seriously?

**LAW No. 92/22**

Massimo LA TORRE  
Linguaggio giuridico e realtà  
sociale. Note sulla critica  
realistica del concetto di diritto  
soggettivo

**LAW No. 92/23**

Renaud DEHOUSSE  
Integration v. Regulation?  
Social Regulation in the European  
Community

**LAW No. 92/24**

José Engrácia ANTUNES  
Le Groupe de Sociétés  
La crise du modèle légal classique  
de la Société Anonyme

**LAW No. 92/25**

Christian JOERGES  
Geschichte als Nicht-  
Geschichte: Unterschiede zwischen  
Friedrich Kessler und der  
deutschen Rechtswissenschaft

\*\*\*

History as Non-History:  
Divergences and Time Lag  
between Friedrich Kessler and  
German Jurisprudence

**LAW No. 92/26**

Michael KING/Catherine KRATZ  
La Notion d'Intérêt de l'Enfant en  
Droit: Vecteur de Coopération ou  
d'Interférence?









