

**INTÉRÊT DE L'ENFANT,
AUTORITÉ PARENTALE ET
DROITS DES TIERS**

PRÉSENTÉ

Par M. Jean LEONETTI, député

SOMMAIRE

	Pages
INTRODUCTION	7
PREMIÈRE PARTIE : LE DROIT DE L'AUTORITÉ PARENTALE CONSACRE AUJOURD'HUI L'ÉGALITÉ DE CHAQUE PARENT DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT	9
A. DONNÉES SOCIOLOGIQUES RELATIVES AUX RÉALITÉS FAMILIALES	9
1. La famille française en 2009	9
<i>a) Le déclin du mariage, comme fondement de la constitution de la famille</i>	9
<i>b) La fragilisation des unions</i>	10
<i>c) Le développement des familles « monoparentales » et recomposées</i>	11
<i>d) Des familles fondées plus tardivement et moins nombreuses</i>	13
<i>e) Les quatre cinquièmes des enfants vivent avec leurs deux parents, mariés ou non</i>	16
2. L'exercice de l'autorité parentale après le divorce	17
3. L'exercice de l'autorité parentale après la séparation des parents non mariés	19
B. DONNÉES JURIDIQUES RELATIVES À L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE	19
1. La substitution de l'autorité parentale à l'ancienne puissance paternelle.....	20
2. La reconnaissance de la coparentalité à travers la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.....	22
<i>a) La présomption d'accord pour les actes usuels</i>	22
<i>b) L'absence d'impact de la séparation des parents sur l'exercice de l'autorité parentale</i>	22
3. L'exercice de l'autorité parentale : une législation qui a pour constante un ensemble de droits et de devoirs	25
<i>a) La notion d'autorité parentale sur la personne de l'enfant</i>	25
<i>b) La protection de l'enfant</i>	27
<i>c) L'éducation de l'enfant</i>	29
<i>d) L'obligation d'entretien</i>	31
4. Le primat de l'intérêt de l'enfant.....	32

a) <i>Une notion difficile à appréhender juridiquement</i>	32
b) <i>Une notion régie par de nombreux textes internationaux et nationaux</i>	33
c) <i>L'application de la convention de New York par le juge français : une illustration de l'imprécision qui entoure l'intérêt de l'enfant</i>	38
C. L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE À L'ÉPREUVE DES FAITS	40
1. L'enfant victime des conflits entre adultes	40
2. Les principaux domaines de conflits autour de la personne de l'enfant	41
a) <i>Les documents administratifs</i>	41
b) <i>L'école</i>	45
c) <i>Le choix de la résidence</i>	47
3. L'effectivité des liens parentaux après la séparation	50
DEUXIÈME PARTIE : L'INTÉRÊT DE L'ENFANT PEUT NÉCESSITER L'INTERVENTION DES TIERS DANS L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE	53
A. MIEUX DÉFINIR LE RÉGIME DES ACTES USUELS ET IMPORTANTS DE L'AUTORITÉ PARENTALE	53
1. La distinction entre actes usuels et importants repose sur une jurisprudence s'adaptant à la diversité des familles	54
a) <i>Les actes usuels bénéficient de la présomption d'accord entre les parents</i>	54
b) <i>Les actes importants nécessitent l'accord des deux parents</i>	54
c) <i>La jurisprudence a défini une ligne de partage relativement stable entre les actes usuels et les actes importants</i>	55
2. L'avant-projet de loi propose une définition, qui vient consacrer la jurisprudence, sans toutefois résoudre toutes les difficultés	58
a) <i>La clarification de la notion d'actes usuels et importants</i>	58
b) <i>La modification du mode de délivrance des titres d'identité</i>	60
c) <i>La clarification du mécanisme d'interdiction de sortie du territoire français de l'enfant</i>	61
3. La définition proposée des actes importants peut être retenue plus dans un souci pédagogique que véritablement juridique	62
B. CLARIFIER L'ASSOCIATION D'UN TIERS À L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE.....	65
1. La pratique de la délégation et de la délégation-partage de l'autorité parentale.....	66
a) <i>La délégation classique, un transfert de l'autorité parentale</i>	66
b) <i>La délégation-partage : un partage sans dépossession de l'autorité parentale</i> ..	67
c) <i>Délégation et délégation-partage : des mesures rarement mises en œuvre</i>	70
2. Délégation et partage : la mise en place de deux procédures distinctes.....	72

3. Le partage par simple convention homologuée par le juge : des risques non négligeables.....	74
a) <i>La convention : un outil en partie inadapté aux séparations familiales</i>	74
b) <i>Des conditions de mise en œuvre trop imprécises</i>	74
c) <i>Le risque d'une insuffisante prise en compte de l'intérêt de l'enfant</i>	75
d) <i>Le risque d'une dilution de l'autorité parentale</i>	76
4. Mieux encadrer, dans l'intérêt de l'enfant, le partage de l'autorité parentale par convention.....	77
C. POUVOIR CONSERVER LES LIENS AFFECTIFS TISSÉS ENTRE L'ENFANT ET UN TIERS DANS DES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES	77
1. Le maintien systématique des liens entre l'enfant et un tiers : un droit qui comporte certains risques	78
a) <i>L'élargissement des conditions dans lesquelles le tiers peut se voir confier l'enfant en cas de décès de l'un des parents</i>	78
b) <i>La généralisation du maintien des liens avec l'enfant en cas de séparation du tiers et de l'un des parents</i>	80
c) <i>La demande des tiers : une demande qui est largement surestimée et est déjà satisfaite par le code civil</i>	82
2. Un intérêt de l'enfant à démontrer et non simplement présumé.....	83

TROISIÈME PARTIE : L'INTÉRÊT DE L'ENFANT AU SEIN DES CONFLITS ENTRE ADULTES DOIT ÊTRE REPENSÉ DANS LE CADRE DE LA MÉDIATION FAMILIALE

A. LA MÉDIATION FAMILIALE : UNE MESURE RÉCENTE DESTINÉE À FAVORISER LA COPARENTALITÉ ET À PRÉVENIR LES CONFLITS	85
1. La médiation familiale : une démarche juridique permettant de pacifier les conflits familiaux dans l'intérêt de l'enfant	85
a) <i>La médiation familiale dans le code civil</i>	85
b) <i>Les missions dévolues à la médiation familiale</i>	86
c) <i>Les publics visés par la médiation familiale</i>	86
d) <i>Le déroulement d'une mesure de médiation familiale</i>	87
2. La médiation familiale à l'épreuve des faits : des services éparpillés et mal financés pour un rôle encore trop marginal	88
a) <i>Une inégale répartition des services de médiation familiale sur le territoire national</i>	88
b) <i>Des financements éparpillés et fragiles</i>	90
c) <i>Un rôle encore trop marginal</i>	91
B. FAVORISER LE RÈGLEMENT EN AMONT DES QUESTIONS LIÉES AUX ENFANTS GRÂCE À LA SYSTÉMATISATION DE LA MÉDIATION FAMILIALE	93
1. Encourager le recours à la médiation familiale judiciaire	93
a) <i>Développer la « culture de médiation »</i>	94

<i>b) Consacrer la pratique de la « double convocation »</i>	95
2. Développer le champ de la médiation extrajudiciaire.....	96
<i>a) Systématiser le recours à la médiation préalable pour les actions tendant à faire modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, précédemment fixées par une décision de justice</i>	96
<i>b) Créer un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire</i>	98
CONCLUSION	101
LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES	101
ANNEXES	107

INTRODUCTION

Conformément aux engagements qu'il avait pris lors de la campagne présidentielle du printemps 2007, le Président de la République, dans une lettre de mission adressée le 1^{er} août 2007, au ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité, a appelé de ses vœux la mise en œuvre rapide d'un statut du beau-parent et plus largement des tiers qui vivent au domicile d'enfants dont ils ne sont pas les parents : « *En lien avec la ministre de la justice, garde des sceaux, vous créerez un statut du beau-parent dont l'objectif est de permettre aux adultes qui vivent avec des enfants dont ils ne sont pas les parents biologiques de pouvoir procéder pour eux aux démarches habituelles de la vie quotidienne, et de protéger juridiquement, dans l'intérêt de tous, les liens affectifs incontestables qui se nouent entre ces enfants et ces adultes. Nous voulons soutenir et aider toutes les familles, sans exclusion, pourvu qu'elles soient des lieux de repères affectifs et moraux* ».

Cet engagement du Président de la République trouvait sa justification première dans les évolutions de la famille française. Le développement des familles recomposées et monoparentales, sous l'effet de la progression du nombre de divorces et de séparations, conduit de fait l'enfant à être entouré d'adultes autres que ses parents biologiques. En second lieu, ce projet de statut du beau-parent entendait tenir compte de différents développements jurisprudentiels, qui, de manière constante, ont permis d'associer un tiers à l'exercice de l'autorité parentale, y compris pour des familles homoparentales ⁽¹⁾.

Afin de redéfinir la place du beau-parent et plus largement du tiers au sein de la cellule familiale, un avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers a été élaboré au printemps 2009. Cette initiative a suscité une vive polémique, certains y voyant le premier pas vers la reconnaissance de l'adoption par les couples homosexuels, alors que d'autres craignaient la remise en cause de l'autorité parentale du parent séparé au profit des tiers. Pour parvenir à un consensus, le Premier ministre ⁽²⁾ m'a confié la mission d'évaluer de manière approfondie la législation sur l'autorité parentale et les droits des tiers : « *Il s'agit de réaffirmer la place des parents en tant que titulaires de l'autorité parentale. Dans le cas de parents séparés, cela implique de conforter la coparentalité afin de ne pas défavoriser le parent qui ne vit pas au quotidien avec l'enfant. Par ailleurs, afin de faciliter la vie quotidienne des familles reconstituées, il conviendrait d'assouplir les conditions qui régissent l'intervention des tiers, c'est-à-dire les adultes qui entourent l'enfant mais qui ne sont pas ses parents biologiques* ». Au cours de ces six mois de réflexion, ma seule ambition a été de dégager les moyens juridiques visant à favoriser tout ce qui peut servir l'intérêt de l'enfant dans sa vie quotidienne après la séparation de ses parents.

(1) Cour de cassation, civile 1^{ère}, 24 février 2006, JurisData n° 2006-032294.

(2) Cf. annexe I : Lettre de mission du Premier ministre en date du 8 avril 2009.

Dans le souci d'entendre l'ensemble des acteurs de terrain, quelle que soit leur analyse, il a été procédé à une évaluation sans *a priori* de cette problématique, dans toutes ses dimensions sociétales, juridiques et psychologiques. Ce sont près de cinquante personnes faisant autorité qui ont ainsi été rencontrées, dont quatre juges aux affaires familiales, quatre pédopsychiatres, quatre professeurs de droit, des avocats et des associations. De manière quasi-unanime, il ressort de ces auditions que ce texte ne présente pas le danger que certains lui attribuent. Il tente, dans un souci pédagogique, de clarifier et de transposer la jurisprudence, plus que de faire évoluer le droit positif.

Si l'objectif de l'avant-projet de loi de repenser la place du beau-parent et plus largement des tiers au sein de la famille est compréhensible et louable, il convient cependant de souligner que vouloir régir par le droit toute la complexité et la diversité des situations familiales ne répondrait en l'état ni à l'intérêt de l'enfant ni aux besoins des familles. Mais ce constat ne saurait interdire pour autant une réflexion plus générale sur une meilleure prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui subit encore trop souvent les conflits entre adultes.

Cet avant-projet de loi a également souvent été présenté comme créant un statut du beau-parent au bénéfice des familles homoparentales⁽¹⁾. Sur ce point, force est de constater que le texte n'apporte aucune évolution dans ce sens. Un texte de loi ne saurait en aucun cas conférer des droits particuliers à telle ou telle partie de la population sur la base de son orientation sexuelle. Elle ne saurait non plus être discriminée pour les mêmes motifs. Il n'y a donc pas lieu de les différencier au sein de la notion de tiers. L'existence de ces familles, pour lesquelles la jurisprudence offre d'ores et déjà des solutions, ne saurait évidemment être remise en cause. Il apparaît au surplus que la question de l'homoparentalité, si elle devait être abordée, mériterait de faire l'objet d'un débat serein et éclairé et ne saurait être traitée au détour d'un texte dont l'ambition affichée était de repenser l'intérêt de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale et des droits des tiers.

Considérant que le droit ne saurait encadrer de manière trop rigide l'ensemble des situations familiales, qui sont chacune différentes, le présent rapport s'est attaché à démontrer que l'équilibre entre l'intérêt de l'enfant, d'une part, et l'autorité parentale et les droits des tiers, d'autre part, a davantage à gagner dans le développement des procédures de contractualisation et de médiation que dans une complexité accrue du droit, source inévitable de contentieux.

(1) Selon l'INED, 30 000 enfants vivraient dans un foyer composé de deux adultes du même sexe.

PREMIÈRE PARTIE : LE DROIT DE L'AUTORITÉ PARENTALE CONSACRE AUJOURD'HUI L'ÉGALITÉ DE CHAQUE PARENT DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Alors que l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers se propose, comme son titre l'indique, d'associer plus largement le tiers à l'exercice de l'autorité parentale, il apparaît justifié de rappeler le droit régissant l'autorité parentale. Mais on ne saurait décrire les grandes lignes de cette législation en faisant abstraction de la réalité de la vie familiale aujourd'hui.

Savoir s'il convient de conférer au tiers une plus grande place auprès de l'enfant nécessite au préalable d'analyser :

— les droits et les devoirs incombant aux parents, en qualité de titulaires de l'autorité parentale, sur un plan juridique ;

— les difficultés rencontrées par ces mêmes parents pour maintenir leur rôle éducatif après une séparation ou un divorce, sur un plan pratique.

Après avoir tenté de faire de la famille française contemporaine la photographie la plus fidèle possible, on s'attachera à démontrer que si le droit de l'autorité parentale consacre l'égalité de chaque parent dans l'intérêt de l'enfant, la séparation peut remettre en cause ce principe de coparentalité et la place que chaque parent occupe auprès de l'enfant.

A. DONNÉES SOCIOLOGIQUES RELATIVES AUX RÉALITÉS FAMILIALES

Avant de revenir plus largement sur le droit et la pratique de l'autorité parentale, il est en effet essentiel d'avoir la vision la plus large possible de la famille française d'aujourd'hui.

1. La famille française en 2009

Depuis une quarantaine d'années, comme dans la plupart des sociétés occidentales, la famille française a connu des évolutions de grande ampleur dont témoignent les données de notre démographie.

a) Le déclin du mariage, comme fondement de la constitution de la famille

Selon l'Institut national des études démographiques (INED), alors que 394 000 mariages avaient été célébrés en 1970, on n'en comptait plus que 273 500 en 2008. S'agissant du premier mariage, l'âge moyen au moment de sa célébration a augmenté de plus de cinq ans et demi depuis 1970 : il est en 2008 de 31,5 ans pour les hommes et de 29,5 ans pour les femmes. Aussi, alors que seulement une

personne sur dix née entre 1945 et 1950 ne s'est pas mariée, c'est le cas de trois personnes sur dix au sein de la génération née en 1970.

Ce déclin du mariage s'accompagne d'un développement de l'union libre : celle-ci est plus fréquente et dure beaucoup plus longtemps qu'auparavant. Quand, au début des années 1970, un couple sur six débutait son union par une phase d'union libre, neuf couples sur dix aujourd'hui sont dans cette situation. En 1975, la moitié des unions libres se transformait en mariage dans les deux ans ; ce n'était plus le cas que d'une sur trois en 1985 et d'une sur cinq en 1995. L'union libre devient ainsi une forme de vie commune parfaitement banalisée, qui ne concerne plus seulement une population marginale ou très jeune, mais qui est au contraire particulièrement répandue chez les hommes et les femmes ayant déjà fait l'expérience d'une rupture d'union.

Désormais, la cohabitation n'est plus, comme dans les années 1970, généralement suivie d'un mariage lorsque le couple désire un enfant ou en attend un ; le mariage n'est plus considéré comme un préalable indispensable pour accueillir un enfant. Aussi la conséquence la plus visible de ce développement de l'union libre et de son allongement est la multiplication des naissances hors mariage, qui représentent 51,6 % de l'ensemble des naissances en 2008. Ainsi, parmi les enfants nés hors mariage dans les années 1990, seuls 40 % verront leurs parents se marier et seulement deux sur trois avant l'âge de six ans.

La proportion de 51,6 % des naissances hors mariage est relativement élevée en Europe occidentale et place la France dans les premiers rangs de cette pratique, derrière la Suède.

b) La fragilisation des unions

La généralisation de la cohabitation pré-maritale n'a pas eu pour effet d'infléchir la fréquence des divorces et qu'elles aient été ou non suivies d'un mariage, les unions initiées hors mariage sont plus fragiles que les mariages directs ; selon l'INED, parmi les premières unions commencées vers 1980, le taux de rupture avant cinq ans est de 11 % pour les unions entamées hors mariage et de 5 % pour les autres ; avant dix ans, il était respectivement de 22 et de 12 %.

Il y a désormais 42 divorces pour 100 mariages, contre 12 pour 100 en 1970. L'indicateur de divortialité passe de 11 divorces pour 100 mariages à la fin des années 1960 à plus de 30 dès 1985 ; il s'établit à 38 % de 1995 à 2001, puis se monte à 42 % en 2003. Il s'agit d'un indicateur annuel qui tient compte de tous les mariages soumis au risque. Des divorces pouvant être prononcés à des durées de mariage élevées, il faut attendre de longues années pour pouvoir estimer la fréquence des divorces dans les promotions de mariages. Ainsi, la fréquence de 11 divorces pour 100 mariages est en fait celle des couples mariés en 1950 ; la fréquence de 30 % est celle des couples mariés vers 1970 ; elle devrait dépasser 38 % à partir de la promotion 1984 environ. C'est aujourd'hui autour de la cinquième année de mariage que les risques de divorces sont les plus élevés.

Parmi les premières unions débutées vers 1980, qu'elles aient ou non pris la forme du mariage, 8 % étaient rompues dans les cinq ans et 17 % dans les dix ans ; pour les premières unions débutées vers 1990, la proportion de rupture était presque double avant cinq ans (15 %) et elle est de 28 % dans les dix ans. Lorsque l'union a commencé hors mariage, le taux de rupture est de 17 % avant cinq ans et de 30 % avant dix ans. Aussi, Mme France Prioux, directrice d'études à l'INED, peut-elle conclure que « *l'instabilité conjugale s'accroît dans toutes les catégories d'unions* ».

La fragilisation des unions a des conséquences sur les conditions dans lesquelles certains parents exercent leur autorité parentale : la plus grande fréquence des séparations se traduit par une multiplication des situations où un des parents « divorce » de son enfant et se soustrait à ses obligations parentales.

c) Le développement des familles « monoparentales » et recomposées

Le retard de l'âge de la première union et la fréquence accrue des ruptures d'unions ont provoqué une baisse de la proportion des personnes vivant en couple, en dessous de 55-60 ans, et une progression du nombre de personnes vivant seules, qui représentent en 2005 14 % de la population ⁽¹⁾, soit 3,4 millions d'hommes et 5,0 millions de femmes. Ensemble, ils sont 1,1 million de plus qu'en 1999. Entre 35 et 50 ans, ce sont surtout les hommes qui vivent seuls, car, après une rupture, les enfants vont le plus souvent vivre avec leur mère.

Au total, selon l'INSEE, en 2005, près de 3 millions d'enfants de moins de 25 ans ⁽²⁾, soit plus d'un enfant sur cinq, ne vivent pas avec leurs deux parents : 2,2 millions (15,8 %) vivent avec un parent seul, la plupart avec leur mère (13,9 % de l'ensemble des enfants), quelques uns avec leur père (1,9 %) et 0,8 million d'enfants (6,2 %) vivent avec l'un de leurs parents et un beau-parent. 4,3 millions de jeunes de moins de 25 ans vivent dans une famille monoparentale ou recomposée ⁽³⁾. Il convient à cet égard de souligner la progression ininterrompue depuis 40 ans de la proportion de mineurs vivant en famille monoparentale, qui n'était que de 6 % en 1968, contre près de 16 % en 2005.

La notion de monoparentalité doit cependant être utilisée avec prudence. 95 % des enfants nés hors mariage sont reconnus par leur père. Les enfants élevés seulement par leur mère sont certes plus nombreux, mais le père s'implique dans l'éducation de l'enfant. Après séparation des parents, plus de 40 % des pères voient leur enfant au moins une fois par mois. Les familles monoparentales recouvrent donc des situations très différentes selon le degré d'implication du père auprès des enfants.

En raison du temps qui sépare une rupture de la constitution d'un nouveau couple et de la moins grande fréquence de la « remise » en couple des femmes

(1) Ce sont majoritairement des personnes de plus de 55 ans.

(2) 2,84 millions d'enfants de moins de 25 ans exactement.

(3) Environ 1,6 million d'enfants vivent au sein d'une famille recomposée et 2,7 millions dans un foyer monoparental.

séparées ayant la charge de leur enfant, les enfants vivant en famille dite « monoparentale » sont nettement plus nombreux que ceux qui vivent avec un parent et un beau-parent. Leur part parmi l'ensemble des enfants augmente avec leur âge : 9 % des enfants de moins de 2 ans vivent en famille monoparentale ; c'est le cas de 14 % des enfants entre 7 et 11 ans et de 19 % des jeunes âgés entre 18 et 24 ans qui vivent encore au domicile familial. Quel que soit l'âge, cette proportion a progressé de deux à quatre points entre 1990 et 1999. En effet, entre ces deux dates, le nombre de familles monoparentales comprenant au moins un enfant de moins de 25 ans a augmenté de plus de 240 000, passant de 1,4 million à 1,64 million, alors que le nombre total de familles comprenant un ou plusieurs enfants de moins de 25 ans s'est réduit de 300 000. Le nombre de familles monoparentales poursuit ainsi sa progression : elles représentaient 9,4 % des familles en 1968, 10,2 % en 1982, 15,3 % en 1990 et 18,6 % en 1999.

En 1999, 0,8 million d'enfant de moins de 18 ans vivent avec un de leur parent et un beau-parent, chiffre qui atteint 1,1 million pour l'ensemble des jeunes de moins de 25 ans. Parmi ces derniers, 0,5 million ne vit qu'avec ces deux personnes, tandis que 0,6 million vit avec un demi-frère ou une demi-sœur. Si l'on ajoute les enfants vivant avec leurs deux parents et un ou plusieurs demi-frères ou demi-sœurs, ce sont 1,6 million de jeunes de moins de 25 ans qui vivent dans une famille recomposée, sur les 16,3 millions de jeunes vivant au foyer parental ⁽¹⁾. Le tableau suivant présente la diversité des familles en 1990 et 1999 :

LES FAMILLES FRANÇAISES AVEC AU MOINS UN ENFANT DE MOINS DE 25 ANS EN 1990 ET 1999

	1990		1999		Évolution 1999/1990 (en %)
	Effectif	En %	Effectif	En %	
Familles « traditionnelles »	7 083 000	77,6	6 474 000	73,4	- 8,6
Familles monoparentales	1 397 000	15,3	1 640 000	18,6	17,4
Familles recomposées	646 000	7,1	708 000	8,0	9,6
<i>dont :</i>					
- dans lesquelles aucun enfant n'est du couple actuel	310 000	3,4	328 000	3,7	5,8
- dans lesquelles vivent des enfants du couple actuel et d'une précédente union	336 000	3,7	380 000	4,3	13,1
Ensemble des familles	9 126 000	100,0	8 822 000	100,0	- 3,3

Sources : INSEE, *Étude de l'histoire familiale, 1999 et enquête Famille, 1990.*

(1) En outre, 1,9 million de jeunes de moins de 25 ans ont quitté le foyer parental.

En 2005, sur les 8,7 millions de familles que compte la France, on dénombrait 19,8 % de familles monoparentales et parmi les 16 millions d'enfants de moins de 25 ans, 17,5 % étaient des enfants de familles monoparentales.

Par ailleurs, comme l'a constaté l'INED en juin 2009, alors « *que l'on a déjà beaucoup de difficultés à recenser les familles homoparentales, divers chiffres circulent sur le nombre d'enfants vivant au sein de couples de même sexe* ». L'INED estime que « *faute d'instruments adaptés* », l'ampleur de l'homoparentalité reste très difficile à quantifier. Si deux types d'instruments – le recensement et les grandes enquêtes quantitatives en population générale – permettent de dénombrer les configurations homoparentales, chacun comporte toutefois des limites. En extrapolant des éléments issus du recensement, le démographe Patrick Festy de l'INED parvient à une fourchette de 24.000 à 40.000 enfants résidant avec un couple de même sexe en 2005 ⁽¹⁾.

NOMBRE DE FAMILLES AVEC ENFANTS DE MOINS DE 25 ANS DE 1968 A 2005

Type de famille	1968	1982	1990	1999	2005
Familles avec de moins de 25 ans (en milliers)	7 733	8 699	8 907	8 604	8 729
Familles monoparentales (en %)	9,3	10,2	13,2	17,4	19,8
<i>Dont : père</i>	1,9	1,5	1,8	2,5	3
<i>mère</i>	7,4	8,7	11,4	14,9	16,7
Enfants de moins de 25 ans (en milliers)	17 248	17 099	16 923	16 035	15 975
Enfants des couples (en %)	92,3	91,1	88,8	85	82,5
Enfants des familles monoparentales (en %)	7,7	8,9	11,2	15	17,5

Source : Insee, Recensements de la population de 1962 à 1999, Enquêtes annuelles de recensement de 2004 à 2006.

d) Des familles fondées plus tardivement et moins nombreuses

L'âge moyen au mariage a par ailleurs augmenté dans des proportions importantes. Même s'il est de plus en plus déconnecté de celui-ci, l'âge moyen des mères à la naissance des enfants s'est lui aussi nettement élevé. Selon l'Institut national de la statistique et des études économiques, l'âge moyen des mères ⁽²⁾ était de 27,6 ans en 1960 ; il est descendu à 26,5 ans en 1977 avant de recommencer à augmenter pour atteindre 28 ans en 1987, 29 ans en 1995 et 29,9 ans en 2008.

En 1980, 35,85 % des mères avaient entre 15 et 24 ans à la naissance de leur premier enfant, 56,08 % entre 25 et 34 ans et 8,07 % 35 ans et plus. En 2001,

(1) La difficile mesure de l'homoparentalité, INED, fiche d'actualité n° 8, juin 2009.

(2) Cet âge inclut l'ensemble des naissances, quel que soit leur rang dans la famille.

ces proportions atteignaient respectivement 17,42 %, 65,9 % et 16,68 %. L'âge moyen des femmes à la première maternité approche désormais 28 ans ⁽¹⁾, alors qu'il n'excédait pas 24 ans au début des années 1970. Il a progressé de deux ans au cours de la dernière décennie.

Après avoir atteint son point le plus bas (1,1 %) au cours des années 1970, la part des enfants nés d'une femme âgée de plus de 40 ans s'établit à 3,4 % en 2004, ce qui reste nettement inférieur aux 6,5 % enregistrés en 1901 mais a récemment attiré l'attention du Haut Conseil de la population et de la famille. Celui-ci juge préoccupant le caractère de plus en plus tardif des grossesses en général, et des premières grossesses en particulier. Il insiste sur les risques supplémentaires que ce retard fait courir, tant à l'enfant qu'à sa mère, les risques étant surtout accentués pour les femmes ayant une première grossesse tardive.

Il faut néanmoins souligner que l'élévation de l'âge moyen des mères n'a pas eu de conséquences graves sur le taux de natalité dans notre pays. L'indice conjoncturel de fécondité français, qui s'établit à 2,02 enfants par femme en 2008, contre 1,7 au milieu des années 1990, place notre pays aux premiers rangs de l'Union européenne. Si l'indice conjoncturel de fécondité français est honorable, la taille des familles se réduit néanmoins progressivement, comme en atteste le tableau suivant :

(1) 27,8 ans en 2006.

LES FAMILLES FRANÇAISES SELON LE NOMBRE D'ENFANTS DE MOINS DE 18 ANS, DE 1968 A 1999 ⁽¹⁾

Nombre de familles	1968	1975	1982	1990 ⁽²⁾	1999
Sans enfants <i>(en %)</i>	44,0	44,3	46,1	51,3	53,9
Avec enfant(s) <i>(en %)</i>	56,0	55,7	53,9	48,7	46,1
- 1 enfant	22,6	23,6	23,4	21,3	20,6
- 2 enfants	17,0	18,0	19,4	17,9	17,2
- 3 enfants	8,8	8,3	7,7	6,9	6,3
- 4 enfants	4,0	3,2	2,2	1,7	1,4
- 5 enfants	1,8	1,4	0,8	0,5	0,4
- 6 enfants et plus	1,8	1,2	0,5	0,3	0,2
Nombre total d'enfants <i>(en millions)</i>	14,6	14,8	14,3	13,7	13,3
Nombre moyen d'enfants par famille avec enfants	2,16	2,02	1,88	1,84	1,79
Ensemble <i>(en millions)</i>	12,1	13,2	14,1	15,4	16,1

Sources : recensements 1968, 1975 et 1982, exploitation aux 1/20 ; 1990, sondages aux 1/4 ; 1999, exploitations complémentaires.

Les familles de plus de trois enfants ⁽³⁾ sont de plus en plus rares : elles ne représentent plus que 4 % des familles avec enfants de moins de 18 ans en 1999, contre 15 % en 1968.

En 2005, 8,7 millions de familles réunissaient 16 millions de jeunes de moins de 25 ans qui cohabitent avec au moins un de leurs parents. Après avoir baissé entre 1990 et 1999, le nombre de ces familles s'est stabilisé, de même que le nombre d'enfants.

Les familles qui comprennent au moins un enfant de moins de 25 ans ont en moyenne 1,8 enfant au domicile, alors qu'elles en avaient en moyenne 1,9 en 1990 et 2,3 en 1975. Cette diminution résulte de la moindre fréquence des familles nombreuses. En 2005, 43 % des familles, soit 3,7 millions, n'ont qu'un enfant de moins de 25 ans et 39 % en ont deux. Il convient toutefois de noter que la reprise

(1) *Ce tableau ne donne pas le nombre d'enfants par couple, mais le nombre d'enfants des familles (ceux-ci sont définis comme toute personne vivant dans le même ménage que son ou ses parent(s), quel que soit son âge, s'il n'a pas de conjoint ou d'enfant vivant dans le ménage avec lesquels il constituerait une famille en tant qu'adulte). Parmi ces familles, il y a des familles monoparentales.*

(2) *En 1990, le nombre de familles est calculé avec la nouvelle définition des enfants des familles ; par rapport à l'ancienne définition, seuls le nombre total de familles et le nombre de familles sans enfants de l'âge considéré diffèrent.*

(3) *Seuls sont pris en compte ici les enfants âgés entre 0 et 18 ans. Si on considère les enfants jusqu'à 24 ans, 9,2 % des familles avaient plus de 3 enfants en 1968 ; elles sont moins de 3 % en 1999.*

récente de la fécondité contribue à enrayer la baisse du nombre de familles avec enfants.

LES FAMILLES PAR NOMBRE D'ENFANTS DE MOINS DE 25 ANS EN 2005

Type de famille	Total	1 enfant	2 enfants	3 enfants	4 enfants ou +
Ensemble (milliers)	8 729	3 714	3 369	1 236	409
Ensemble (en %)	100	42,6	38,6	14,2	4,7
Couples (en %)	100	39,1	40,6	15,3	5
Familles monoparentales (en %)	100	56,4	30,3	9,7	3,6
dont : père (en %)	100	62,9	27,4	7,4	2,2
dont : mère (en %)	100	55,3	30,8	10,1	3,8

Source : Insee, Enquêtes annuelles de recensement de 2004 à 2006.

e) Les quatre cinquièmes des enfants vivent avec leurs deux parents, mariés ou non

Comme le constatait l'INED en 1999, 73,4 % des familles avec enfants de moins de 25 ans correspondent à la forme traditionnelle de la famille, et 78 % des mineurs vivent avec leurs deux parents. M. Robert Rochefort, directeur général du Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie, a ainsi estimé que 85 % des enfants de moins de 15 ans vivaient avec leurs deux parents. Il lui semble que « *les facteurs de stabilité finissent par l'emporter sur les facteurs de changement* » et que « *les familles résistent donc pour l'instant aux évolutions que l'on annonce parfois en disant qu'une femme sur trois connaîtra au cours de sa vie une logique de rupture familiale la conduisant à vivre seule, ou encore que presque un mariage sur deux se soldera par un divorce* » ⁽¹⁾.

Si l'INED n'a pas hésité à englober dans ce qu'il appelle la forme traditionnelle de la famille les parents non mariés, c'est que le choix du mariage ou de l'union libre n'a pas un grand impact sur la vie de l'enfant. Certes, les unions libres se rompent plus facilement et durent en moyenne moins longtemps que les mariages mais la progression du divorce relativise cette différence. Si la présomption de paternité constitue l'essence du mariage, les enfants nés hors mariage sont néanmoins très largement et très rapidement reconnus par leurs parents.

Dans cette étude publiée en janvier 1999 ⁽²⁾, l'INED estimait que plus du tiers des enfants nés hors mariage en 1994 avaient été reconnus avant leur

(1) *Naître hors mariage* », Bulletin mensuel d'information de l'INED, numéro 342, janvier 1999

(2) *Naître hors mariage* », Bulletin mensuel d'information de l'INED, numéro 342, janvier 1999.

naissance, conjointement dans presque tous les cas. 82 % des enfants ont été reconnus par leur père avant un mois (contre seulement un tiers des enfants nés hors mariage en 1965 et 1970), et 92 % l'ont été *in fine*. 94 % des bébés reconnus par leur père avant qu'ils n'aient un mois vivaient alors avec leurs deux parents, alors que cette proportion n'était que de l'ordre de 80 % à la fin des années 1960 et au début des années 1970. En 1999, 89 % des enfants nés hors mariage ont été reconnus avant d'avoir un mois, l'INED estimant que 95 % des enfants nés hors mariage en 2002 acquerront une filiation paternelle. Environ 40 000 enfants de plus d'un mois nés en 1999 étaient sans filiation paternelle, situation qui ne touchait plus que 30 000 d'entre eux à l'âge d'un an. Finalement, seuls 15 000 enfants nés en 2002 devraient rester sans filiation paternelle, soit environ autant que dans les années 1960, lorsque moins de 6 % des naissances avaient lieu hors mariage.

Le fait de naître hors mariage n'a donc plus que rarement une influence sur la filiation des enfants. Le droit ne faisant plus de différence entre enfants légitimes et enfants naturels, la situation de ces enfants est semblable et la naissance hors mariage n'entraîne pas réellement de différence dans l'éducation et la vie des enfants. Ainsi, Mme Irène Théry souligne qu' « *aujourd'hui, toutes choses égales par ailleurs, on estime que les modes de vie familiaux, les modes de consommation, les modes d'éducation des enfants ne présentent pas de différences significatives selon que les parents sont ou non mariés. Au sein d'une même parentèle, il est désormais fréquent que coexistent des familles naturelles et légitimes, que rien ne distingue dans leur vie quotidienne. Les différences d'appartenance sociale sont beaucoup plus significatives que les statuts juridiques* »⁽¹⁾.

En 2005, l'INSEE conclura pour sa part que « *81 % des moins de 18 ans vivent avec un couple parental, leurs deux parents en général, plus rarement un parent et un beau-parent* »⁽²⁾.

2. L'exercice de l'autorité parentale après le divorce

Si la famille française a connu, depuis plus de quarante ans, d'importantes évolutions (augmentation du nombre de divorce et de familles recomposées), les données disponibles montrent toutes que, de manière constante, l'autorité parentale reste exercée conjointement après un divorce ou une séparation.

S'agissant du divorce, ce dernier ne remet aucunement en cause l'exercice de l'autorité parentale qui reste commun aux deux parents dans la quasi-totalité des divorces. En effet, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale pose comme principe que « *père et mère exercent en commun l'autorité parentale* » (article 372 du code civil). Cette règle sous-tend à la fois le droit pour l'enfant à

(1) Irène Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Odile Jacob - La documentation française, 1998, p. 44.

(2) Enfants des couples, enfants des familles monoparentales : des différences marquées pour les jeunes enfants - Olivier Chardon et Fabienne Daguet, *division Enquêtes et études démographiques, Insee, janvier 2009*.

être élevé par ses deux parents et le droit pour chacun des parents d'être impliqué dans l'éducation de ses enfants. L'article 373-2 du code civil prévoit par ailleurs que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ».

Ainsi, l'exercice exclusif de l'autorité parentale ne doit plus être que l'exception. En 2003, sur 100 couples divorcés, 98 continueront à exercer conjointement l'autorité parentale. Constatant l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans 98 % des divorces, le juge en attribue l'exercice exclusif à l'un des parents dans 2 % des divorces (39 mères et 3 pères). En 2006, la répartition de l'exercice de l'autorité parentale est restée exactement la même.

LE JUGEMENT DE DIVORCE SUR L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE ^{(1) (2)}

	Toutes décisions		Autorité parentale conjointe		Autre modalité d'exercice de l'AP	
Deux parents présents	2 089	100 %	2 069	99 %	20	1 %
Divorce sur requête conjointe	1 200	100 %	1 199	99,9 %	1	0,1 %
Divorce pour faute	652	100 %	634	97,2 %	18	2,8 %
Autre divorce	237	100 %	236	99,6 %	1	0,4 %
Un seul parent présent	217	100 %	193	88,9 %	24	11,1 %
Divorce pour faute	169	100 %	146	86,4 %	23	13,6 %
Autre divorce	48	100 %	47	97,6 %	1	2,1 %
Toutes procédures	2 306	100 %	2 263	98,1 %	44	1,9 %

Source : Ministère de la Justice – DAGE – SDSED – Enquête sur l'exercice de l'autorité parentale en 2003

L'exercice de l'autorité parentale est attribué de façon légèrement différente selon le type de procédure de divorce. L'exercice est moins systématiquement conjoint dans les divorces pour faute que dans les divorces sur requête conjointe. En effet, même si l'exercice en commun de l'autorité parentale reste la règle générale dans les divorces pour faute, c'est quasiment le seul type de divorce dans lequel il arrive que le juge confie l'exercice à un seul des parents (41 des 44 cas observés).

C'est par ailleurs lorsque l'un des parents ne comparait pas que l'autorité parentale est le plus souvent attribuée de façon exclusive, là encore dans les

(1) Champ : les 2 306 divorces impliquant au moins un enfant mineur

(2) Lecture : 99 % des jugements de divorce contradictoires prévoient une autorité parentale conjointe et 88,9 % quand le jugement a été rendu alors qu'un seul parent était présent

divorces pour faute. La mère étant généralement seule comparante, c'est essentiellement à elle qu'est confié l'exercice exclusif de l'autorité parentale.

3. L'exercice de l'autorité parentale après la séparation des parents non mariés

Compte tenu de l'importance prise par les unions libres, il convient également de s'intéresser aux modalités d'exercice de l'autorité parentale à la suite de la séparation des parents non mariés. Comme à l'occasion des divorces, les juges aux affaires familiales peuvent être amenés à statuer sur toutes les questions liées aux enfants : exercice de l'autorité parentale, résidence et contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Dans leur étude consacrée à l'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés, Mme Laure Chaussebourg et M. Dominique Baux ont montré que la décision du juge conserve à 93 % des couples qui se sont séparés, un exercice conjoint de l'autorité parentale ⁽¹⁾.

Par ailleurs, le juge confie l'exercice de l'autorité parentale de façon exclusive à 6 % des mères. De façon encore plus exceptionnelle, l'exercice de l'autorité parentale est attribué exclusivement au père (9 décisions sur 1 402, avec accord des parents) ou de façon différenciée suivant les enfants (3 décisions).

En définitive, l'exercice conjoint de l'autorité parentale après la séparation des parents non mariés est donc moins systématique que dans le cadre des divorces (93 %, contre 98 %).

B. DONNÉES JURIDIQUES RELATIVES À L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Introduite par la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, cette dernière a fait l'objet, au cours de ces vingt dernières années, de plusieurs réformes qui, toutes, sont allées dans le sens d'une plus grande égalité : entre le père et la mère mariés, à l'instar de la loi de 1970 qui a remplacé la puissance paternelle par l'autorité parentale, mais également entre les parents séparés, qu'ils soient ou non mariés, avec les lois n° 87-570 du 22 juillet 1987 ⁽²⁾ et n° 93-22 du 8 janvier 1993 ⁽³⁾ qui ont séparé la résidence de l'enfant de l'exercice de l'autorité parentale et généralisé l'exercice en commun de cette autorité.

La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale s'est inscrite dans le droit fil de cette évolution, l'un de ses objectifs ayant été d'assurer

(1) L'enquête a été réalisée sur un échantillon constitué des ordonnances du juge aux affaires familiales statuant sur des demandes portant sur la résidence des enfants de parents non mariés et prononcées entre le 13 et le 24 octobre 2003. Cet échantillon est composé de 1 402 ordonnances initiales.

(2) Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale.

(3) Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

l'égalité entre tous les enfants, quelle que soit la situation matrimoniale de leurs parents. Elle s'est également attachée à renforcer le principe de coparentalité, développé notamment lors de la réforme de 1993 et qui suppose l'intérêt de l'enfant à être élevé par ses deux parents, même lorsque ceux-ci sont séparés.

1. La substitution de l'autorité parentale à l'ancienne puissance paternelle

Pendant des siècles, la puissance paternelle a constitué le pilier de la famille. Ainsi, à Rome, la puissance paternelle (*patria potestas*) est la base de la famille patriarcale. Cette dernière est soumise à l'autorité absolue du père qui a droit de vie et de mort sur ses enfants qui, eux, sont dépourvus de droits. Cette conception de la famille se transforme progressivement jusqu'à prohiber l'infanticide et la vente d'enfant (V^e siècle).

Cette conception romaine rencontrera encore un écho sous l'Ancien Régime avec les lettres de cachet qui permettent à un père de faire enfermer l'enfant mineur récalcitrant à son autorité. En effet, « *la révérence naturelle des enfants envers leurs parents est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leurs souverains* » ⁽¹⁾. L'article 371 du code civil dans sa rédaction actuelle rappelle d'ailleurs que « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ».

Pour les juristes de la Révolution, il s'agit d'ébranler et d'abolir le modèle social de l'Ancien Régime pour privilégier la liberté individuelle. Ils établissent le principe de la paternité civile qui donne les mêmes droits aux enfants légitimes, naturels et adoptifs. Ils s'attaquent aussi au despotisme des pères en leur supprimant le droit de déshériter leur progéniture et en bannissant les lettres de cachet. Après l'abolition de la *patria potestas* par la loi du 28 août 1792, le père est obligé de réunir un tribunal domestique pour faire administrer la correction paternelle. Il ne peut plus la décider seul et sa puissance est limitée au temps de la minorité de l'enfant.

Le code civil de 1804 reviendra sur ces avancées. Dans l'esprit de ses rédacteurs, la famille n'existe plus que dans le mariage et l'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits de l'enfant légitime. Le code civil amorce aussi un retour à une autorité plus énergique, la puissance paternelle devant s'exercer dans l'intérêt de l'enfant. En effet, ce dernier est assimilé à un incapable qu'il faut protéger dans ses actes contre lui-même et contre autrui. Le père est ainsi présumé faire « bon usage » de sa puissance paternelle. Les tribunaux domestiques sont supprimés, le droit de déshériter son enfant n'étant pas pour autant rétabli. Ce principe est garanti par l'existence de la réserve héréditaire qui garantit aux héritiers réservataires une portion du patrimoine de leur auteur. Le père et mari demeure seul maître dans son foyer, le principe d'une autorité parentale conjointe

(1) *Edit royal de 1639.*

des père et mère, revendiqué par les révolutionnaires, restant ignoré par le code civil.

Le XIX^e siècle est nettement plus favorable à l'enfant : d'une part, les tribunaux tentent de remédier aux abus de puissance paternelle ; d'autre part, plusieurs lois prouvent le souci du législateur d'améliorer le sort des enfants qu'il s'agisse de leur travail, de leur instruction et de la protection de leur intégrité physique.

C'est la loi du 4 juin 1970 qui abolit la puissance paternelle et instaure la notion d'autorité parentale. Par un changement significatif de vocabulaire, l'ancienne puissance paternelle est devenue l'autorité parentale pour asseoir une égalité entre les père et mère mais également pour modifier leur rôle éducatif. En effet, ce qui était un pouvoir sur la personne et les biens de l'enfant est un devoir mis à leur charge. Les rapports familiaux cessent d'être entendus en termes de puissance ou de pouvoir souverain sur la personne de l'enfant. Ils font place à une « *autorité complexe de droits et de devoirs* »⁽¹⁾. Les parents n'exercent plus une domination. Désormais, le droit jusque-là discrétionnaire est transformé en une fonction faite de droits, de devoirs et de responsabilités, destinée à satisfaire non l'intérêt personnel ou familial de ses titulaires mais celui de son destinataire pour le présent comme pour l'avenir.

D'autres lois sont par la suite venues moderniser, par touches successives, le droit de la famille et de l'autorité parentale. La loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 réformant le droit de la filiation a créé un statut unique pour l'enfant légitime et l'enfant naturel. Ce dernier a « *en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère* » (code civil, article 334, alinéa 1 et 2, abrogé par la loi du 4 mars 2002). Trois ans plus tard, la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, réformant le divorce, a posé le principe de l'attribution exclusive de la garde de l'enfant à l'un des parents, la jurisprudence de la Cour de cassation admettant cependant la légalité de la garde conjointe après le divorce⁽²⁾.

Il faudra attendre dix ans pour que la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 consacre l'égalité des parents dans la gestion des biens de l'enfant mineur en disposant que « *l'administration légale est exercée conjointement par le père et la mère lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale et, dans les autres cas, sous le contrôle du juge soit par le père, soit par la mère* ».

La loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, dite « loi Malhuret », sur l'exercice de l'autorité parentale, est, pour sa part, venue entériner la jurisprudence précitée de la Cour de cassation et a franchi un nouveau pas décisif en assouplissant les effets du divorce sur le partage de l'autorité parentale. Les père et mère exercent donc conjointement leur autorité, quel que soit le devenir du couple. Dans la famille

(1) François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 1996, n° 1015.

(2) Cass. Civ. 2^e, 21 mars 1983, JCP 1984, éd. G, II, 20163, obs. Françoise Dekeuwer-Défossez.

naturelle, les parents disposent désormais de la possibilité de s'adresser au juge des tutelles et de faire une déclaration conjointe en vue de l'exercice en commun de l'autorité parentale, rompant ainsi avec la traditionnelle attribution de l'autorité parentale à la mère. Avec la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, l'autorité parentale conjointe est désormais posée en principe tant dans la famille légitime désunie que dans la famille naturelle. L'accès des pères concubins à l'autorité parentale est reconnu et la notion de coparentalité esquissée.

Il faudra toutefois attendre la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale pour que soit consacrée sur le plan législatif la notion de coparentalité.

2. La reconnaissance de la coparentalité à travers la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a uniformisé les droits et devoirs de tous les enfants dont la filiation est établie, a instauré une véritable coparentalité en assurant le maintien du lien de l'enfant avec ses deux parents en cas de séparation et a introduit la référence à l'intérêt de l'enfant dans la définition de l'autorité parentale.

a) La présomption d'accord pour les actes usuels

Exerçant en commun l'autorité parentale, les parents disposent des mêmes pouvoirs. Sur ce point, la coparentalité implique donc que les décisions soient prises conjointement par le père et la mère. En pratique, l'application du principe est facilitée par l'article 372-2 du code civil qui dispose qu' « *à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* ». Ce texte édicte donc une présomption d'accord pour les actes usuels, valant dispense de preuve de l'accord des deux parents et décharge de responsabilité au bénéfice des tiers de bonne foi. D'aucuns regrettent que la loi ne se réfère pas à des critères permettant d'identifier les actes usuels. C'est donc au tiers ou, en cas de conflit, au juge, qu'il reviendra de se livrer à une appréciation *in abstracto* et *in concreto*, en fonction des circonstances particulières. L'article 372-2 n'étant soumis à aucune condition de cohabitation des parents, il a vocation à s'appliquer quand bien même ces derniers seraient séparés.

b) L'absence d'impact de la séparation des parents sur l'exercice de l'autorité parentale

En énonçant que « *les pères et mère exercent en commun l'autorité parentale* », l'article 372 alinéa 1^{er} du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002, consacre le principe de coparentalité. Celle-ci peut être définie comme la prise en charge et l'éducation de l'enfant par ses deux parents. La coparentalité impliquant que le père et la mère soient parents à égalité, sa première

expression réside bien dans le principe d'exercice en commun de l'autorité parentale. Ce principe se voit conférer la portée la plus large, puisqu'il est indifférent à la nature de la filiation. En matière d'autorité parentale, la loi du 4 mars 2002 a ainsi été la première à délaisser la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, dont l'abandon a été généralisé par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Le principe de coparentalité concerne donc tous les enfants, dès lors qu'ils ont une filiation paternelle et maternelle légalement établie.

Plus généralement, la séparation des parents est sans incidence sur le principe d'exercice en commun de l'autorité parentale, comme l'énonce très clairement l'article 373-2 du code civil, alinéa 1^{er} : « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale* ». Le couple parental doit donc survivre au couple conjugal. Néanmoins, l'absence de vie commune des parents implique que des dispositions spécifiques régissent les modalités d'exercice de l'autorité parentale : la situation d'un mineur dont les parents vivent ensemble est nécessairement différente de celle d'un mineur dont les parents vivent séparément.

C'est précisément dans cette dernière hypothèse que la consécration de la coparentalité est la plus significative, la loi du 4 mars 2002 s'employant à assurer son effectivité à travers un certain nombre de mesures dont la plus emblématique, mais aussi la plus controversée, est l'institution de la résidence alternée.

- *La résidence alternée*

La résidence alternée peut être fixée par un accord des parents ou ordonnée par le juge (code civil, article 373-2-9). Il s'agit, incontestablement, d'une mesure favorisant un maintien réel des liens de l'enfant avec ses deux parents. L'accord des parents est toutefois souhaitable pour que son fonctionnement soit réussi. En cas de désaccord ou à la demande de l'un d'eux, l'article 373-2-9, alinéa 2, autorise le juge à prescrire une résidence alternée à titre provisoire et donc expérimental. Au terme de celle-ci, il décide de pérenniser la résidence alternée ou au contraire d'y renoncer.

Par ailleurs, et en tout état de cause, la résidence alternée n'est envisageable que dans la mesure où elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, par exemple, les juges nîmois (Nîmes, 3 juillet 2002) ont-ils refusé de l'ordonner dans les circonstances suivantes : dans le cadre de leur divorce sur requête conjointe, des parents avaient décidé d'une résidence alternée, de trois jours en trois jours. Le père ayant sollicité une modification pour passer d'une alternance de huit jours en huit jours, les juges ont ordonné une enquête sociale. Celle-ci ayant révélé une conception éducative rigide du père, allant jusqu'à des corrections voire à la violence, ils ont fixé la résidence habituelle des enfants chez leur mère avec un droit de visite du père. Dans ces circonstances, la résidence alternée n'était en effet pas conforme à l'intérêt des enfants. Elle n'est donc en aucun cas constitutive d'un droit pour les parents.

- *Le droit de visite et d'hébergement*

En disposant que « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* », l'article 373-2 alinéa 2 du code civil pose le principe du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents séparés. À défaut de résidence alternée, le respect de ce principe implique l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement au profit du parent avec lequel l'enfant ne réside pas habituellement. La Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 14 mars 2006, n° 05-13/360) a précisé que « *le parent qui exerce conjointement l'autorité parentale ne peut se voir refuser un droit de visite et d'hébergement que pour des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur des enfants* ». Lesdits motifs doivent en outre être dûment caractérisés, ce qui est logique dans la mesure où le refus du droit de visite contrevient au principe de coparentalité.

- *L'homologation des accords parentaux*

La loi du 4 mars 2002 se montre particulièrement favorable à ces accords, comme en témoignent deux dispositions. D'une part, l'article 373-2-11 du code civil enjoint au juge qui se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale de prendre en considération la pratique précédemment suivie par les parents ou les accords antérieurement conclus par eux. D'autre part, et plus généralement, l'article 373-2-7 du code civil prévoit que « *les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale* ». Si les parents ne sont pas spontanément parvenus à un accord, tout espoir d'arrêter une position commune n'est pas pour autant exclu. Le juge pourra en effet décider d'avoir recours à la médiation familiale.

- *La médiation familiale*

La médiation familiale est expressément prévue à l'article 373-2-10 du code civil, qui permet au juge d'avoir recours à ce mode alternatif de règlement des litiges, selon la procédure décrite aux articles 131-1 et suivants du code de procédure civile. Elle consiste pour le juge à désigner, avec l'accord des parties, un tiers neutre et impartial afin de leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Là où existent des médiateurs familiaux, la mise en œuvre de la médiation familiale est favorisée. Sont révélatrices à cet égard les décisions de la Cour d'appel de Paris, relevant que c'est « *sauf meilleur accord des parents* » que des mesures judiciaires sont prises et exhortant plus largement les parents à avoir « *un dialogue responsable* » et à rechercher, le cas échéant avec l'aide d'une médiation familiale entreprise en dehors de toute procédure judiciaire, les solutions les plus adaptées « *dans l'exercice d'une véritable coparentalité nécessaire à l'équilibre et au bon développement de leurs enfants* » (Paris, 14 février 2008, RG n° 07/12147).

- *L'obligation de notifier le déménagement*

Cette obligation découle de l'article 373-2, alinéa 3, du code civil qui impose au parent concerné, dès lors que ce déménagement implique une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale, d'en informer l'autre parent, préalablement et en temps utile. En cas de désaccord, celui-ci peut saisir le juge pour qu'il statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Cet article a donc clairement vocation à empêcher le parent hébergeant d'imposer à l'autre un éloignement géographique qui rendrait impossible l'exercice par ce dernier de ce droit de visite et d'hébergement et risquerait, par voie de conséquence, de conduire à une rupture de ses liens avec l'enfant.

3. L'exercice de l'autorité parentale : une législation qui a pour constante un ensemble de droits et de devoirs

L'autorité parentale est expressément visée à l'article 371-1 du code civil, qui l'a définie comme un ensemble de droits et de devoirs, dans l'intérêt de l'enfant, confié aux père et mère, afin qu'ils protègent l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, qu'ils assurent son éducation et permettent son développement personnel. Temporaire, l'autorité parentale disparaît à la majorité de l'enfant, c'est-à-dire à son dix-huitième anniversaire ou à l'occasion de son émancipation (code civil, article 371-1, alinéa 2).

Si la loi du 4 mars 2002 n'a pas modifié cette approche globale, elle a cherché à revaloriser l'autorité parentale en réaffirmant l'importance de la fonction parentale, tout en veillant à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle propose pour ce faire une nouvelle définition de l'autorité parentale, afin de permettre aux parents d'assurer conjointement l'intérêt et l'épanouissement de leurs enfants.

a) La notion d'autorité parentale sur la personne de l'enfant

L'enfant naît faible et démunie, si bien qu'il doit être confié à la protection naturelle de ses parents. Cette dépendance se traduit juridiquement par l'institution de l'autorité parentale. Selon le nouvel article 371-1, alinéa 1^{er}, du code civil, « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ».

ARTICLE 371-1 DU CODE CIVIL SUR L'AUTORITÉ PARENTALE

L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Alors que le code civil précise expressément que cette autorité parentale appartient aux « *père et mère* », l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les

droits des tiers propose, à son article 4, de remplacer l'expression « *père et mère* » par celle de « *parents* » au premier alinéa de l'article 373-3 du code civil, consacré à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation. Avant de poursuivre plus en détail l'examen de cette notion d'autorité parentale, il est utile de s'interroger sur la portée réelle de ce glissement sémantique.

Il apparaît d'emblée que les expressions de « *père et mère* » et de « *parents* » sont utilisées indifféremment dans le code civil. Ainsi, alors que l'article 371-3 de ce code dispose que « *l'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale* », l'article 373-2-11 du même code prévoit pour sa part que « *lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération la pratique que les parents avaient précédemment suivie* ». Preuve ultime, s'il en était besoin, de l'équivalence totale entre ces deux expressions : la table alphabétique du code civil à l'occurrence « *parents* » renvoie directement son lecteur à « *père et mère* ». C'est pourquoi, l'auteur du présent rapport juge la modification sémantique opérée par l'avant-projet de loi inutile et propose, dans un souci de stabilité de la norme juridique, de conserver la rédaction actuelle.

Ainsi, les « *parents* » ou « *père et mère* » sont cotitulaires de l'autorité parentale et le resteront à égalité et à part entière pour exercer leur rôle, dans la durée, aux côtés de leur enfant. Ils l'amèneront ensemble vers l'âge adulte en l'aidant, en le conseillant et en l'accompagnant dans sa vie familiale, scolaire et sociale.

Attribut de la paternité et de la maternité, l'autorité parentale permet aux parents de l'enfant de mener à bien leur tâche de protection et d'éducation. Ce sont désormais les deux aspects de l'autorité parentale. En effet, les prérogatives accordées aux parents ont, en premier lieu, une finalité de protection du corps et des biens de l'enfant. L'article 371-1, alinéa 2, du code civil en décline les différents aspects que sont sa sécurité, sa santé et sa moralité. La loi rappelle ainsi que les parents sont ses défenseurs légaux et ses protecteurs naturels.

Ces prérogatives visent, en second lieu, à conforter les père et mère dans leur rôle d'éducateur afin d'assurer le développement de l'enfant en leur accordant des droits et des devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Avec la recherche de l'épanouissement de l'enfant, on est loin du pouvoir accordé aux pères dans le code civil de 1804 qui leur permettait d'organiser la détention du mineur, avec ordre d'arrestation délivré par le président du tribunal d'arrondissement. De cette époque, il ne reste guère que le texte, toujours placé en tête du chapitre consacré à l'autorité parentale pour son caractère symbolique, en vertu duquel « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* » (code civil, article 371).

b) La protection de l'enfant

Les parents sont investis d'une mission générale de protection des intérêts du mineur, mission qui recouvre en réalité trois aspects : la sécurité, la santé, la moralité.

• *En premier lieu, afin de préserver la **sécurité** de leurs enfants, les parents disposent de plusieurs prérogatives qui touchent successivement à :*

— **la fixation du domicile familial** : ce sont les parents qui fixent la résidence de la famille et donc de l'enfant, sachant qu'ils ont le droit d'exiger que ce dernier habite réellement avec eux. Pour sa sécurité, il est entendu que l'enfant ne peut pas quitter le domicile familial sans l'accord de ses parents (code civil, article 371-3), lesquels peuvent vérifier sa correspondance et ses communications ⁽¹⁾, en tenant compte toutefois de son âge et des mœurs. De même, ils peuvent organiser et contrôler ses déplacements. Par conséquent, une autorisation familiale doit être donnée par exemple pour que l'enfant parte en colonie de vacances, à l'occasion de chaque voyage ou court séjour effectué par l'enfant sans ses parents, même s'il s'agit d'une simple sortie scolaire. Si les parents ont le droit de vivre avec leurs enfants, seule une décision judiciaire peut les en priver. Aussi l'enfant n'est-il retiré de son milieu familial qu'en cas de nécessité, si le juge des enfants prend les mesures d'assistance éducative adéquates.

— **le consentement au mariage** : en vertu de l'article 144 du code civil, les jeunes filles et les garçons ne peuvent se marier avant dix-huit ans révolus. Néanmoins, le procureur de la République du lieu de célébration du mariage peut accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves (le plus souvent la grossesse de la jeune fille). Le législateur donne aux parents un droit de veto à l'occasion du projet matrimonial de leur enfant. En effet, si les deux parents s'opposent au mariage, la célébration doit être retardée. En cas de dissentiment entre le père et la mère, l'accord d'un seul d'entre eux est suffisant, car ce partage vaut consentement (code civil, article 148). L'autorisation étant discrétionnaire, il n'existe aucun recours contre un refus.

— **le choix du tuteur** : le code civil attribue au parent survivant, s'il a conservé au jour de sa mort l'exercice de l'administration légale ou de la tutelle, le droit de choisir, par testament, le tuteur de l'enfant mineur (code civil, article 397).

— **le consentement à l'adoption** : assurer la sécurité de l'enfant peut aller, dans des cas extrêmes, jusqu'à accepter de le confier à une famille adoptive. Par le biais du consentement à l'adoption, les parents s'efforcent ainsi de veiller aux intérêts futurs d'un enfant auquel ils ne peuvent pas prodiguer les soins nécessaires. Cet acte étant d'une importante gravité, lorsque la filiation est établie

(1) *Sous réserve du droit de ne pas s'immiscer arbitrairement ou illégalement dans sa vie privée ou sa correspondance, reconnu par l'article 16 de la convention internationale des droits de l'enfant.*

à l'égard des deux parents, l'un et l'autre doivent consentir à cette adoption (code civil, article 348, alinéa 1^{er}). Lorsqu'elle n'est établie qu'à l'égard d'un seul, celui-ci donne le consentement à l'adoption (code civil, article 348-1).

● *En deuxième lieu, garants de la santé de leurs enfants, les parents ont, aux termes de l'article 371-1, alinéa 2, du code civil, le droit et le devoir de protéger l'enfant mineur non émancipé dans sa santé.*

Il leur appartient de solliciter tout acte médical ou toute intervention chirurgicale sur la personne de leur enfant. Ces derniers ont toute latitude pour consulter le corps médical, choisir un traitement, demander l'admission de l'enfant à l'hôpital ou encore consentir à une opération. Tenus de protéger l'enfant, ils sont garants de sa santé et de son intégrité physique. Issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, l'article L. 1111-4 du code de la santé publique dispose que « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* » et qu' « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ». Le patient mineur ne pouvant, en principe, consentir lui-même à un acte médical, en raison de son incapacité juridique, ce droit est exercé par ses parents et constitue la contrepartie des devoirs et responsabilités qui leur incombent et l'un des attributs de l'autorité parentale. Reprenant une disposition du code de déontologie médicale, l'article R. 4127-42 du code de la santé publique évoque également le consentement des parents en prévoyant qu' « *un médecin appelé à donner des soins à un mineur [...] doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement* ». Ce même article apporte toutefois un double tempérament au rôle joué par les parents : il prévoit, d'une part, que le consentement du mineur doit être recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision et, d'autre part, que, si le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur, le médecin délivre les soins indispensables. Deux cas de figure doivent être distingués :

— en cas d'**exercice conjoint de l'autorité parentale** : l'autorisation donnée par un seul des parents est suffisante. En revanche, en cas de traitements plus invasifs, voire dangereux, ou d'interventions affectant l'avenir de l'enfant, le consentement de chaque parent est requis. Il revient alors au médecin d'apprécier au cas par cas la nature de l'acte envisagé ;

— en cas d'**exercice unilatéral de l'autorité parentale** : le parent titulaire de l'autorité parentale prend seul les décisions relatives à la santé de l'enfant. L'autre parent conserve toutefois le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier (code civil, article 373-2-1, alinéa 3). À ce titre, il doit donc être averti en cas d'intervention chirurgicale grave et devrait pouvoir s'opposer à une opération non médicalement justifiée en saisissant le juge aux

affaires familiales, voire le juge des enfants, s'il estime que la santé du mineur est en danger (code civil, article 375).

● *Enfin, afin de protéger la moralité de leurs enfants, les parents ont le devoir d'enseigner à l'enfant le respect des normes.*

Si le contenu positif de cette obligation est difficile à cerner, des sanctions peuvent cependant être encourues. Peuvent ainsi être mises en place des mesures d'assistance éducative, lorsque la moralité de l'enfant est en danger (code civil, article 375). De plus, si les parents se soustraient, sans motif légitime, à leurs obligations légales au point de compromettre la moralité de leur enfant mineur, ils peuvent être punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (code pénal, article 227-11). Plusieurs cas de retrait de l'autorité parentale renvoient également à des questions de moralité : parents coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis par l'enfant, ivrognerie, toxicomanie, vente d'armes illicites, conduite notoire, délinquance (code civil, article 378 et 378-1). Le devoir de protection qui incombe aux parents les oblige aussi à éviter toute utilisation abusive de l'image de leur enfant. Le fait, par exemple, de détenir l'image ou la représentation de son enfant lorsque celle-ci présente un caractère pornographique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (code pénal, article 227-23, alinéa 4). Sont également punissables les parents qui provoquent l'enfant à l'usage de stupéfiants (code pénal, article 227-18) ou de boissons alcooliques (code pénal, article 227-19). Il en va de même s'ils conduisent l'enfant sur le chemin de la délinquance (code pénal, article 227-21) ou s'ils favorisent sa corruption (code pénal, article 227-22).

c) L'éducation de l'enfant

L'éducation est au centre de la fonction parentale, bien que son contenu reste toutefois difficile à cerner. À la fois droit et devoir, l'éducation implique de guider l'enfant dans la construction de sa personnalité, dans le choix de ses études ou de son métier, en matière scolaire, religieuse, morale ou professionnelle. L'éducation recouvre ainsi deux grandes dimensions : l'éducation scolaire et professionnelle, d'une part, et l'éducation religieuse, d'autre part.

En premier lieu, **l'éducation scolaire et professionnelle** trouve une traduction concrète dans l'obligation d'instruction. Introduite en France par la loi Ferry du 28 mars 1882, l'obligation scolaire est désormais inscrite dans le code de l'éducation (articles L. 131-1 à L. 131-12). Obligation de droit public, le devoir d'éducation est imposé par l'État aux parents dans l'intérêt des mineurs. Précisément, ils doivent veiller à instruire leurs enfants. De son côté, la convention internationale des droits de l'enfant insiste sur la régularité de la fréquentation scolaire, l'assiduité et le droit à un enseignement pour tous. Aux termes de l'article L. 131-1 du code de l'éducation, l'obligation d'instruction s'impose aux enfants de six à seize ans, qu'ils soient français ou étrangers.

Dans ce cadre strictement défini par la loi, il appartient aux père et mère de choisir le type d'éducation qu'ils entendent donner à leur enfant. Ce droit est conféré également par l'article 26, § 3, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui dispose que « *les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner leurs enfants* ». La loi recommande, en ce sens, de recourir « *prioritairement* » aux établissements d'enseignement (code de l'éducation, article L. 122-1, alinéa 2), qu'ils soient publics ou privés. Il revient aussi aux parents de choisir l'orientation générale à donner aux études de leurs enfants (choix des langues, des filières d'enseignement...), étant précisé que l'enfant doit désormais être associé à leurs décisions « *selon son âge et son degré de maturité* » (code civil, article 371-1, alinéa 3). Pour autant, l'obligation scolaire ne signifie pas l'obligation de scolariser l'enfant dans un établissement d'enseignement. Les parents peuvent en effet décider de s'acquitter eux-mêmes de cette tâche éducative, de confier l'enfant à un précepteur ou d'opter pour un enseignement par correspondance ⁽¹⁾. Il est enfin faite obligation aux parents de secourir leurs enfants jusqu'au moment de leur entrée dans la vie professionnelle, notamment par une aide pécuniaire due même lorsque l'enfant est majeur (code civil, article 371-2, alinéa 2).

En second lieu, **l'éducation religieuse** est, quant à elle, une prérogative parentale à laquelle l'enfant peut être associé. En effet, le choix de la religion (ou la décision d'élever l'enfant dans aucune religion), le suivi de son enseignement et de ses pratiques appartiennent aux parents. Cette liberté des parents est notamment garantie par la convention internationale des droits de l'enfant qui affirme dans son article 14-2° que les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités. En principe, les père et mère décident ensemble de l'éducation religieuse qu'ils entendent donner à leur enfant. Si, dans l'intérêt de ce dernier, l'exercice de l'autorité parentale a été confié à l'un des deux, celui-ci ne dispose cependant pas d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. L'autre parent conserve le droit et le devoir de surveiller l'éducation de l'enfant (code civil, article 373-2-2, alinéa 3). Mais, si le choix de la religion appartient aux parents, l'enfant peut interférer dans leur décision, en exprimant ses propres convictions sur la question. D'ailleurs, l'article 14-1° de la convention internationale des droits de l'enfant l'y invite, stipulant que « *les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion* ». En outre, l'article 371-1, alinéa 3, du code civil impose désormais aux parents « *d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ». Le plus souvent, le juge aux affaires familiales attendra que l'intéressé atteigne l'âge de la majorité afin qu'il puisse exercer lui-même son choix. Ainsi, pour être baptisée selon les Témoins de

(1) Article L131-2 du code de l'éducation : « L'instruction obligatoire peut être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix ». L'instruction étant obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six ans et seize ans, cette possibilité offerte aux parents de s'acquitter eux-mêmes de cette tâche éducative couvre également l'enseignement secondaire.

Jéhovah, malgré l'opposition de l'un de ses parents, une jeune mineure a dû attendre ses dix-huit ans ⁽¹⁾.

d) L'obligation d'entretien

L'obligation d'entretien symbolise pour les parents la mission, non seulement d'élever leurs enfants, mais également de les nourrir et de les entretenir à proportion des ressources de chaque parent et des besoins de l'enfant. Il s'agit-là d'une obligation légale d'ordre public à laquelle les parents de l'enfant ne peuvent pas renoncer, sauf à démontrer qu'ils sont dans l'impossibilité matérielle de le faire. Cette obligation doit être resituée dans le cadre juridique de l'article 27 de la convention internationale des droits de l'enfant qui dispose que les enfants ont droit à un niveau de vie suffisant pour permettre leur développement physique, mental, spirituel, moral et social, dans les limites des possibilités financières de leurs parents.

C'est la proximité familiale du créancier et du débiteur qui justifie l'octroi d'aliments. L'existence du lien de parenté en ligne directe entre parents et enfants, rend les premiers débiteurs et les seconds créanciers d'une obligation alimentaire. Celle-ci recouvre tout ce qui englobe les besoins vitaux et va même au-delà d'un devoir de fournir des prestations pécuniaires : elle concerne toute l'éducation de l'enfant. Compte tenu du fait que cette obligation découle du lien de filiation, les père et mère y sont tenus même en cas de retrait de l'exercice de l'autorité parentale.

Ce devoir parental avait été considéré comme une conséquence de l'union matrimoniale, dans la mesure où les rédacteurs du code civil ne concevaient les liens de famille que dans le mariage. Cette disposition, prévue initialement pour les enfants légitimes à l'article 203 du code civil toujours en vigueur ⁽²⁾, avait néanmoins été étendue à tous les enfants en raison du principe d'égalité des filiations, énoncé dans le code civil par le législateur en 1972 à l'article 334, alinéa 1^{er}, aujourd'hui abrogé. La même idée est toutefois réaffirmée dans le nouvel article 310-1 du code civil, qui prône une égalité de traitement entre tous les enfants dans leurs rapports avec leurs père et mère. L'introduction de cette disposition marque la volonté du législateur de placer tous les enfants sur un pied d'égalité. La loi du 4 mars 2002 a également érigé en principe le fait que l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant (code civil, article 371-1) avec comme corollaire l'obligation pour les parents de contribuer à l'entretien de l'enfant à proportion de leurs ressources (code civil, article 371-2), donc d'assumer une obligation alimentaire. L'obligation d'entretien des enfants mineurs et majeurs est désormais rattachée à l'autorité parentale, sans que l'on ait à apprécier la nature de la filiation.

(1) Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, D. 1991, p. 525.

(2) Aux termes duquel les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

4. Le primat de l'intérêt de l'enfant

Cette notion de l'intérêt de l'enfant occupe désormais une place centrale dans le droit international comme dans notre droit interne. En effet, le simple rappel des textes internationaux et nationaux permet de mettre en évidence l'importance du critère de l'intérêt de l'enfant dans toute décision le concernant et en particulier dans les décisions qui portent atteinte à la cellule familiale normale, c'est-à-dire celle que constitue l'enfant vivant avec ses parents qui le protègent en exerçant l'autorité qui leur est reconnue à cet effet.

Si ce critère est expressément utilisé dans la convention relative aux droits de l'enfant ainsi que dans certains articles du code civil, il résulte parfois uniquement de l'application que les juridictions font de certains textes par ailleurs silencieux sur le sujet, tant la notion d'intérêt de l'enfant est difficile à appréhender juridiquement.

a) Une notion difficile à appréhender juridiquement

L'ensemble des prérogatives parentales doit être exercé conformément à l'intérêt de l'enfant, clé de voûte des réformes récentes du droit de la famille. En effet, c'est en raison du respect qui est dû à l'enfant que le législateur confie des missions à ses parents. Dans les textes antérieurs, les droits et devoirs de ces derniers étaient déjà conçus dans cet esprit, mais traduisaient davantage un pouvoir de commandement pour les parents et un devoir d'obéissance pour les enfants.

Alors que la notion de l'intérêt de l'enfant était jusqu'à présent absente de la définition de l'autorité parentale, référence y est faite d'emblée dans le premier texte encadrant les prérogatives parentales (code civil, article 371-1, alinéa 1^{er}). Les droits et devoirs des parents ont expressément « *pour finalité l'intérêt de l'enfant* ». Depuis la loi du 4 mars 2002, l'intérêt, le bien-être et l'épanouissement de l'enfant sont les objectifs essentiels à respecter même, et surtout, s'ils divergent de ceux des parents.

Outre une référence à l'intérêt de l'enfant dans l'article fondamental 371-1, alinéa 1^{er}, du code civil, la loi y renvoie à de multiples reprises, qu'il s'agisse d'entretenir des relations avec un tiers (code civil, article 371-4, alinéa 2) ; de maintenir les relations entre frères et sœurs, ou exceptionnellement d'organiser la séparation de la fratrie (code civil, article 371-5) ; de se prononcer sur un changement de résidence des parents séparés (code civil, article 373-2, alinéa 3) ; d'homologuer les accords parentaux (code civil, article 373-2-7, alinéa 2) ou encore de confier l'enfant à un tiers (code civil, article 373-3, alinéa 2). Afin de garantir l'intérêt de l'enfant, la société veille à la protection du mineur, même contre ses parents, en organisant un contrôle social, en mettant en place des mesures d'assistance éducative voire en le confiant à des tiers.

Cependant, si la philosophie générale de la loi permet de tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant, des résultats d'enquêtes sociales, des accords

parentaux, de l'aptitude des parents à assumer leur rôle (code civil, article 373-2-11), les textes nationaux et internationaux qui fondent l'intérêt de l'enfant ne prévoient pas expressément les critères propres à en apprécier précisément les contours.

« *Notion magique* »⁽¹⁾ à « *contenu variable* »⁽²⁾, « *insaisissable, fuyante, changeante* »⁽³⁾, l'intérêt de l'enfant ressemble à une « *boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver* »⁽⁴⁾. C'est pourtant cette notion, que la loi elle-même a renoncé à définir, qui sous-tend désormais la logique de l'exercice de l'autorité parentale. Le Doyen Carbonnier avait à ce titre souligné le danger de l'utilisation d'une notion si difficile à cerner : « *Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire* »⁽⁵⁾. Selon lui, l'intérêt de l'enfant est une notion à contenu variable en raison de la diversité des interprètes de cette notion : les parents, le juge aux affaires familiales, le législateur et, dans une moindre mesure, les grands-parents et les enfants eux-mêmes.

Quoi qu'il en soit, dans la recherche de ce fil conducteur, le juge aux affaires familiales est toutefois souverain. Il peut notamment décider que le choix de la résidence alternée implique une coparentalité réelle, efficace et rejeter la demande s'il estime qu'elle ne satisfait pas les intérêts de l'enfant, car celui-ci est très jeune et a besoin de repères stables et sécurisants⁽⁶⁾ ou encore parce que l'alternance de résidence peut être déstabilisatrice pour lui⁽⁷⁾.

b) Une notion régie par de nombreux textes internationaux et nationaux

Adoptée par acclamation par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 à New York, la convention relative aux droits de l'enfant a été signée par tous les États du monde et ratifiée par 192 États. Seuls les États-Unis et la Somalie, qui l'ont signée respectivement en février 1995 et en mai 2002, ne l'ont pas ratifiée mais ont indiqué leur intention de le faire. Cette convention solennise l'accession de l'enfant au statut de sujet de droits.

La France fait partie du groupe des premiers signataires : elle a signé la convention le 26 janvier 1990 et celle-ci est entrée en vigueur pour la France le 6 septembre 1990. Cette convention, qui peut à juste titre être qualifiée d'universelle, s'applique donc en France depuis près de quinze ans. La mise en œuvre des principes qu'elle énonce s'est progressivement traduite par une évolution de la législation française sur de nombreux points.

(1) Jean Carbonnier, note sous cour d'appel de Paris, 30 avril 1959, D. 1960.673, spéc. P. 675.

(2) Jean Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. Perelman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variables en droit*, Bruxelles, 1984, p. 99, spéc. p. 104.

(3) O. Bourguignon, J.-L. Rallu, I. Théry, *Du divorce et des enfants*, INED, 1985, p. 34, par I. Théry.

(4) F. Dekeuwer-Défossez, « réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 249, spéc. p. 265.

(5) Jean Carbonnier, note sous cour d'appel de Paris, 30 avril 1959, D. 1960.673, spéc. P. 675.

(6) CA Douai, 18 avril 2002, *Juris-Data*, n° 179312.

(7) CA Nîmes, 3 juillet 2002, *AJ famille* 2002, 339.

De son côté, le Conseil de l'Europe a mené à son terme, le 25 janvier 1996, une procédure complémentaire à celle qui a conduit à l'adoption de la convention internationale relative aux droits de l'enfant. Il a élaboré une convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000 et signée par vingt-quatre États membres du Conseil et quatre États non européens. Si la France a signé cette convention, elle ne l'a pas ratifiée.

- *La convention internationale relative aux droits de l'enfant*

Avant même la convention de New York, les droits de l'enfant avaient été l'objet de la Déclaration de Genève, adoptée par la Société des Nations en 1924, puis d'une déclaration approuvée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations unies, le 20 septembre 1959. Mais le caractère déclaratoire de ces textes les privait de tout caractère contraignant. La convention de New York ne se contente pas de conférer un caractère contraignant au socle minimal de principes définis en 1959 qui insistait simplement sur la nécessité d'accorder à l'enfant une protection spécifique : elle pose le principe selon lequel l'enfant est une personne et, à ce titre, lui reconnaît des droits civils, sociaux et culturels, mais aussi des libertés publiques directement inspirées des droits de l'homme.

Malgré les compromis qui ont dû être concédés pour permettre la ratification de la convention par le plus grand nombre d'États⁽¹⁾, les droits qu'elle énonce contribuent à transformer le statut de l'enfant, qui n'est plus seulement objet de protection mais devient avant tout sujet de droits.

Les principes généraux sont la non-discrimination dans la mise en œuvre des droits de l'enfant (article 2), la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3), le droit à la vie, à la survie et au développement (article 6) et la prise en considération des opinions de l'enfant sur toute question l'intéressant (article 12).

Une série de libertés et de droits civils sont reconnus à l'enfant : droit à un nom et à une nationalité (article 7) ; droit à la préservation de cette identité (article 8) ; liberté d'expression (article 13) ; liberté de pensée, de conscience et de religion (article 14) ; liberté d'association et de réunion pacifique (article 15) ; protection de la vie privée (article 16) ; accès à l'information (article 17).

La convention détaille aussi les droits sociaux et culturels des enfants : outre le droit à la survie et au développement (article 6) et à un niveau de vie permettant ceux-ci (article 27), elle affirme les droits à la santé, aux services médicaux (article 24) et à la sécurité sociale (article 26) et reconnaît aux enfants handicapés le droit à une « vie pleine et décente » (article 23). Les enfants ont droit à l'éducation, y compris à la formation et à l'orientation. Ils ont droit aussi au repos, aux loisirs et à des activités récréatives et culturelles (article 31), tandis

(1) Ainsi, la définition de l'enfant, qui conditionne le champ d'application de la convention, tient compte des différences juridiques, culturelles et religieuses : « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».

qu'ils ont le droit d'être protégés, notamment, contre l'exploitation économique (article 32), l'usage des drogues (article 33) et l'exploitation sexuelle (article 34). L'article 30 reconnaît des droits spécifiques aux enfants appartenant à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique, la France, qui ne reconnaît pas les minorités ayant émis une réserve sur cette disposition.

De nombreuses stipulations ont trait aux conditions de vie de l'enfant dans sa famille ou, en cas de nécessité, hors de celle-ci : l'article 5 reconnaît aux parents de l'enfant, ou à sa famille élargie, « la responsabilité, le droit et le devoir » de l'orienter et de le conseiller dans l'exercice de ses droits; l'article 9 charge les États de veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents, sauf si « cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant » ; dans ce cas, l'enfant garde le droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si ce droit est contraire à son intérêt supérieur. Afin de préserver ces droits, la « réunification familiale » (ou « regroupement familial ») doit être considérée avec bienveillance par les États (article 10) et ces derniers doivent lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants (article 11). L'enfant a le droit d'être protégé par l'État contre toute forme de violence (article 19), ce qui peut nécessiter qu'il soit privé de son milieu familial et lui donne alors droit à une protection et une aide spéciales de l'État (article 20). Celles-ci peuvent prendre la forme d'un placement, lequel devra faire l'objet d'un examen périodique (article 25). L'article 21 exige des États qu'ils s'assurent que « l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale » en cas d'adoption, l'adoption à l'étranger ne devant être envisagée qu'en l'absence de solution dans le pays d'origine.

Enfin, la convention prévoit des mesures spéciales de protection de l'enfance, pour les enfants réfugiés (article 22), pour ceux qui ont été victimes de maltraitances (article 39), pour ceux qui sont suspectés ou convaincus d'infraction à la loi pénale (article 40).

Le caractère contraignant du texte se traduit par la mise en place d'un dispositif de contrôle de son application. Est institué, par l'article 43 de la convention, un Comité des droits de l'enfant, composé de dix experts élus pour quatre ans par les États. Il est chargé d'examiner les rapports relatifs aux mesures d'application des stipulations de la convention, prises par chaque État signataire. Ces rapports sont remis deux ans après l'entrée en vigueur de la convention, puis tous les cinq ans. Sur cette base, un dialogue doit s'engager entre le comité et chaque État.

Inspiré d'un modèle de contrôle largement répandu dans le système des Nations unies en matière de droits de l'homme, cet organe n'est pas une juridiction et ne dispose pas de pouvoirs coercitifs. Si d'aucuns regrettent que le comité ne puisse ni s'autosaisir ni mener des enquêtes, il ne faut pas sous-estimer sa capacité d'influence, laquelle s'est avérée particulièrement importante en France.

● *Les progrès de la France dans le respect des droits de l'enfant*

Le Comité des droits de l'enfant a examiné, en juin 2004, le rapport de la France sur l'application de la convention. Il a salué l'adoption ces dernières années de nombreux textes législatifs et réglementaires qui confortent les droits des enfants :

— la loi n° 98-147 du 9 mars 1998 autorisant l'approbation de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye le 29 mai 1993, et celle n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale ;

— les dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs ;

— la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, qui a élargi la possibilité de révision des rentes allouées en cas de changement important de la situation financière des époux ;

— la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral, qui supprime les discriminations successorales subies par les enfants naturels adultérins ;

— la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille ;

— la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui vise notamment à garantir le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents ;

— la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance qui renforce le droit de l'enfant à être protégé.

Le comité s'est également réjoui de la création d'un Observatoire national de l'enfance en danger, par la loi du 2 janvier 2004 précitée.

Depuis lors, la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption ont été promulguées et l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a été publiée. Ce dernier texte supprime les notions d'enfant légitime et d'enfant naturel et les dernières différences qui subsistaient entre eux, notamment en matière d'actions relatives à la filiation. Il parachève sur ce point la mise en conformité du droit français à la convention. La loi n° 2002-93 du 23 janvier 2002 relative à l'accès à leurs origines personnelles par les personnes adoptées et pupilles de l'État constitue elle aussi un progrès.

Interrogée en 2006 par la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant ⁽¹⁾ sur les mesures adoptées récemment qui marquent un progrès pour le respect des droits de l'enfant, Mme Claire Brisset, Défenseure des enfants, avait cité : « *la pénalisation des clients de prostituées âgées de 15 à 18 ans ; le très bon texte sur l'autorité parentale, qui consacre la coparentalité et permet de mieux tenir compte de la parole de l'enfant ; le décret qui autorise l'accès des intéressés à leur dossier dans le cas d'une procédure d'assistance éducative ; la loi de janvier 2002 sur le renforcement des droits de l'usager des institutions médico-sociales ; la distinction entre assistantes familiales et assistantes maternelles et l'amélioration de leur statut ; l'indispensable relèvement de l'âge légal du mariage pour les filles. La proposition de loi sur l'adoption que l'Assemblée a adoptée en première lecture va aussi dans le bon sens. En se penchant avec attention sur la situation des adolescents, la conférence de la famille de 2004 a, d'autre part, témoigné d'une prise de conscience des difficultés de cette tranche d'âge. La protection des professionnels qui font des signalements et la création, dans la loi Perben, d'établissements pour les mineurs qui doivent être incarcérés sont d'autres mesures qui me semblent aller dans une bonne direction* ». Ainsi Mme Claire Brisset avait-elle estimé que « *globalement, la France n'a pas à rougir de la manière dont elle traite ses enfants et respecte leurs droits. Toutefois, certains textes sont imparfaits et certaines pratiques pêchent* ».

Le dernier rapport du Comité des droits de l'enfant sur l'application par la France de la convention de New York, en date du 22 juin 2009 met à l'actif de notre pays toutes les réformes législatives intervenues depuis 2004 et portant principalement sur la réforme du divorce, la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, la réforme de l'adoption, de la filiation, du droit des successions, de la protection juridique des mineurs et de l'enfance. Le comité s'est également félicité que la France soit devenue partie aux conventions internationales suivantes : la convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, le 23 septembre 2008 et le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, le 2 octobre 2007. Les sujets de préoccupation du comité se focalisent pour l'essentiel sur les problèmes soulevés pour les enfants par le droit de la santé, l'éducation, la maltraitance, le handicap et le droit des étrangers et ne concernent pas la problématique à l'origine du présent rapport. Le Comité des droits de l'enfant invite la France à adopter des règles de procédure concrètes prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et souhaite d'une manière générale que les actions des pouvoirs publics évaluent celles-ci à l'aune du critère de l'intérêt de l'enfant.

(1) Rapport d'information (n° 2832) fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, présidée par M. Patrick Bloche et rapportée par Mme Valérie Pécresse, députés.

***c) L'application de la convention de New York par le juge français :
une illustration de l'imprécision qui entoure l'intérêt de l'enfant***

En vertu de l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958, les normes conventionnelles, une fois ratifiées, font parties intégrantes du dispositif normatif national et ont, sous réserve de leur application par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois. Mais cela n'implique pas qu'un particulier puisse se prévaloir des droits proclamés devant un magistrat. Les juridictions subordonnent en effet la mise en œuvre des dispositions du traité à la reconnaissance ou non de leur caractère d'application directe.

Or les juges français ont adopté une position prudente et contrastée, sur l'applicabilité des stipulations de la convention relative aux droits de l'enfant, preuve du caractère imprécis et insaisissable de ce que recouvre réellement la notion de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la Cour de cassation s'est généralement, et jusqu'à une date très récente, refusée à considérer que les articles de la convention ou certains d'entre eux, puissent être considérés comme d'application directe par les tribunaux de l'ordre judiciaire, et ce, malgré les décisions contraires rendues par le Conseil d'État. En définitive, suivant l'ordre de juridiction considéré, les stipulations de la convention sont d'application directe ou non, ce qui conduit à faire de l'intérêt de l'enfant une norme juridique à géométrie variable dont le contenu peut différer suivant qu'on l'invoque devant la juridiction administrative ou la juridiction judiciaire. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que si une norme internationale n'est pas d'applicabilité directe et n'ouvre donc aucun droit aux particuliers, elle peut toujours servir de référence à un contrôle de compatibilité d'une norme inférieure, avec la difficulté que plus la norme supérieure est générale, moins il y a de probabilité que le contrôle de compatibilité aboutisse à la censure de la norme inférieure.

● *Les réticences de la Cour de cassation, en partie levées depuis mai 2005*

Peu après l'entrée en vigueur de la convention, les juridictions du fond de l'ordre judiciaire, en de nombreuses affaires, ont considéré ses articles 2, 3-1, 7-1, 12, 20, 21 et 26 comme d'applicabilité directe. Mais, le 10 mars 1993, par le célèbre arrêt *Lejeune*⁽¹⁾, la Cour de cassation a mis un terme à cette pratique.

En effet, de l'article 4 de la convention⁽²⁾ qui stipule que les dispositions de celle-ci ne créent d'obligations qu'à la charge des États parties, elle a déduit que ces dispositions ne pouvaient être invoquées directement devant les juridictions nationales. Dans un système moniste, en effet, l'applicabilité directe des conventions et leur invocabilité par les particuliers peuvent être tempérées dans deux cas : soit le traité ne contient que des recommandations ou des obligations qui s'adressent aux États et à eux seuls, soit les règles posées ne sont pas applicables, du fait de leur formulation trop imprécise ou conditionnelle, et

(1) *Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 10 mars 1993, Lejeune.*

(2) *L'article 4 prévoit en effet que « les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures (...) nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus par la présente convention ».*

faute de mesures permettant d'en définir les modalités d'application. La Cour de cassation considère donc que la convention de New York relève de la première hypothèse. Il est vrai que de nombreuses stipulations de la convention commencent par des expressions comme « *Les États parties s'engagent à ...* », « *Les États parties veillent à...* ».

Le rejet de principe de l'applicabilité directe de la convention par la Cour de cassation apparaît aujourd'hui de moins en moins assuré. Ainsi, la chambre criminelle a reconnu à plusieurs reprises l'applicabilité directe de l'article 40 de la convention. Si elle a récusé celle de l'article 37 en 1997, elle a admis la recevabilité de recours fondés sur les articles 2 et 16 en 1999 et l'article 3-1 en 2001, même si c'était, dans les deux cas, pour rejeter le moyen.

Interrogé en 2006 par la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant⁽¹⁾, M. Jean-Pierre Rosenczveig avait très vivement critiqué la position de la Cour de cassation : « *La question de la portée de la convention des droits de l'enfant a une importance capitale. Les arrêts de la Cour de cassation ont un très fort impact à l'étranger. Aussi son arrêt selon lequel la convention n'est pas d'application directe et ne donne donc pas aux enfants des droits directs a-t-il été ressenti comme un coup de poignard* ».

Une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation s'est néanmoins dessinée : à l'occasion de deux affaires jugées le 18 mai 2005, la première chambre civile a reconnu pour la première fois l'applicabilité directe de l'article 3-1 (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant) et, dans l'un de ces deux arrêts, de l'article 12 (droit d'être entendu dans toute affaire le concernant). Un arrêt du 14 juin 2005 a confirmé l'applicabilité directe de l'article 3-1. Dans l'une des deux affaires jugées le 18 mai 2005, la Cour de cassation a même relevé d'office le moyen, non invoqué par les parties, tiré de la violation des articles 3-1 et 12. Il semble donc que la Cour s'engage sur la voie d'une application « sélective » de la convention, inspirée de la pratique suivie, depuis l'entrée en vigueur de celle-ci, par le Conseil d'État.

- *La position dès l'origine plus ouverte du Conseil d'État*

Dès l'entrée en vigueur de la convention, le Conseil d'État a en effet cherché à distinguer, en son sein, les dispositions d'application directe de celles qui ne le sont pas. Ainsi, dans sa décision *Préfet de la Seine-Maritime* du 29 juillet 1994, il a considéré que les stipulations de l'article 9 ne créaient d'obligations qu'entre les États, sans ouvrir de droits aux intéressés. Il a de même estimé que ne produisaient pas d'effets directs pour les particuliers, notamment, les dispositions des articles 24-1, 26-1 et 27-1 de la convention (arrêt *GISTI* du 23 avril 1997).

En revanche, l'article 16 relatif à la vie privée des mineurs peut être invoqué directement par les particuliers, tout comme les dispositions de l'article 8

(1) *Rapport d'information (n° 2832) fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, présidée par M. Patrick Bloche et rapportée par Mme Valérie Pécresse, députés.*

(préservation de l'identité de l'enfant), celles de l'article 3-1 (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant) et de l'article 37 (conditions d'emprisonnement d'un mineur). La jurisprudence du Conseil d'État n'est cependant pas totalement fixée en ce qui concerne l'applicabilité directe des articles 4⁽¹⁾ et 16⁽²⁾.

Même si une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation est incontestable, des divergences de jurisprudence, difficiles à résoudre, demeurent donc. Si les deux ordres de juridiction semblent désormais unanimes sur la reconnaissance du droit d'un enfant à invoquer l'article 3-1 de la convention, la Cour de cassation a reconnu l'applicabilité directe de son article 12⁽³⁾, laquelle a été rejetée par le Conseil d'État.

Cette incursion dans la jurisprudence sur la portée de la convention de New York montre que, si l'intérêt de l'enfant constitue un critère juridique reconnu par les deux plus hautes juridictions françaises, son caractère opérationnel varie suivant l'ordre de juridiction considéré, ce qui affaiblit sa force juridique.

C. L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE À L'ÉPREUVE DES FAITS

1. L'enfant victime des conflits entre adultes

L'exercice conjoint de l'autorité parentale se relève parfois difficilement de la séparation du couple à laquelle il est censé survivre, l'enfant étant trop souvent la première victime des conflits entre adultes.

En effet, le cabinet du juge est le lieu quotidien où sont recueillies les difficultés pratiques d'application du principe de coparentalité, dès lors que les parents n'ont pas pris toute la mesure de sa portée, soit par simple ignorance ou négligence, soit par intention délibérée de nuire à l'autre parent. Instrumentalisé, l'enfant est alors à la fois la victime et l'otage de ses parents.

Afin que le parent qui n'a pas obtenu la résidence de l'enfant ne se sente ni défavorisé, ni dépossédé, les juges aux affaires familiales considèrent, de manière unanime, que le maximum d'actes doit relever de l'autorité parentale conjointe ou de la coparentalité. Si tel n'est pas le cas, ce parent, pour asseoir son autorité, sera tenté de prendre unilatéralement un certain nombre de décisions (tenues

(1) *Article 4* : « Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale. »

(2) *Article 16* : « Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

(3) *Article 12* : « Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »

vestimentaires, coupes de cheveux, piercing, activités extrascolaires, etc.), sans aucune concertation avec l'autre parent. De tels passages en force ne manquent pas en retour de raviver les querelles autour de la personne de l'enfant, qui semble en définitive bien démuni au milieu de ces conflits entre adultes.

Les pédopsychiatres ont montré que les enfants pris en otage dans de multiples actes de la vie quotidienne par chacun de leurs parents, finissent sur le plan psychologique par faire taire leur souffrance : c'est le syndrome clinique de l'enfant sacrifié ou parfait. M. Maurice Berger, pédopsychiatre, a ainsi remarqué que « *même lors des résidences alternées consensuelles, ces enfants cachent leur souffrance [...]. Ils montrent qu'ils se sacrifient en acceptant ce mode de vie pour ne pas décevoir leur père et mère, et se présentent comme parfaits, adaptés aux désirs de leurs parents, avec même une bonne réussite scolaire* ».

S'agissant des difficultés pratiques et concrètes d'exercice conjoint de l'autorité parentale, force est toutefois de constater qu'elles ne fondent que très rarement la saisine du juge.

Alors que l'ancien article 372-1-1 du code civil prévoyait explicitement la possibilité pour les parents de saisir le juge aux affaires familiales afin qu'il soit pris position sur un différend relatif à l'exercice de l'autorité parentale, l'article 373-2-8 issu de la loi du 4 mars 2002, beaucoup plus général dans sa rédaction, dispose seulement que le juge peut être saisi pour « *statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale* ».

Comme le souligne M. Laurent Gebler, vice-président du tribunal de grande instance de Libourne, juge aux affaires familiales, « *en cinq années d'exercice en qualité de juge aux affaires familiales, le nombre de saisines fondées exclusivement sur un différend en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale se compte sur les doigts d'une main* »⁽¹⁾. En revanche, la question surgit très fréquemment à l'occasion des débats en matière de contribution à l'entretien des enfants, de fixation de résidence ou des droits de visite, l'un des parents se plaignant d'être tenu à l'écart des décisions prises par l'autre concernant l'enfant.

2. Les principaux domaines de conflits autour de la personne de l'enfant

Deux domaines, parmi tant d'autres, semblent toutefois cristalliser davantage les conflits au moment du divorce ou de la séparation : les actes administratifs et l'école.

a) Les documents administratifs

(1) La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques – Laurent Gebler – *Actualité juridique famille* – avril 2009.

En la matière, c'est la question récurrente devant le juge aux affaires familiales de l'établissement des pièces d'identité, autorisations de sortie du territoire et passeports pour les enfants qui fait le plus souvent débat.

En général, l'enjeu réside dans la crainte par l'un des parents de voir l'autre partir à l'étranger avec l'enfant, soit qu'il redoute le non-retour de celui-ci à l'issue du séjour, soit que les conditions d'accueil de l'enfant lui paraissent contestables. C'est notamment le cas lorsque l'un des parents est de nationalité ou d'origine étrangère, hors de l'Union européenne. L'autre parent entend alors pouvoir contrôler les déplacements de l'enfant à l'étranger, en rendant son accord préalable nécessaire.

En l'état actuel de notre législation, un mineur ne peut quitter le territoire français sans y avoir été au préalable autorisé par l'un ou l'autre des codétenteurs de l'exercice de l'autorité parentale.

S'il voyage seul, il doit être muni d'un passeport personnel. Il n'est plus possible désormais d'inscrire un enfant sur le passeport de ses parents. Toutefois les anciens passeports parentaux portant inscription de l'enfant demeurent valables (sauf pour les États-Unis) jusqu'à leur expiration (cinq ans). Dès lors que l'enfant dispose d'un passeport personnel, ce document est suffisant pour lui permettre de sortir du territoire national. L'établissement de ce passeport personnel n'exige pas le consentement des deux parents, chacun étant réputé agir avec l'accord de l'autre. Cependant, si un parent apprend que l'autre a l'intention de faire établir un passeport pour l'enfant et qu'il s'y oppose, il a la possibilité d'en aviser la préfecture (service de délivrance des passeports). Son opposition justifiée produira ses effets pendant un an et fera obstacle à la délivrance du passeport pour l'enfant. Ce délai permettra, le cas échéant, au parent opposant d'obtenir une décision judiciaire sur le fondement de l'article 373-2-6 du code civil (*infra*).

Si le passeport de l'enfant a déjà été délivré, cette dernière démarche, exercée au besoin en référé, est le seul moyen de subordonner le départ de l'enfant hors du territoire au consentement de ses deux parents.

Dans la plupart des États européens, l'enfant peut aussi voyager sans passeport, muni de sa carte d'identité. Mais s'il voyage ainsi sans être accompagné d'un détenteur de l'autorité parentale pouvant justifier de cette qualité, il doit être en outre muni d'une autorisation de sortie du territoire. Celle-ci est délivrée par la mairie du domicile du parent cotitulaire de l'autorité parentale qui entend délivrer cette autorisation, l'accord de l'autre parent étant là encore présumé, en l'état actuel du droit. Si ce dernier a préalablement manifesté son opposition auprès de la préfecture, cette opposition fera obstacle à la délivrance d'une autorisation de sortie du territoire.

Il peut sembler surprenant que la délivrance d'un passeport ou d'une autorisation de sortie du territoire – acte dont la portée peut être significative au regard de ses conséquences possibles – ne soit pas soumise à la double

autorisation des détenteurs de l'autorité parentale, au même titre qu'une autorisation aux fins d'opération chirurgicale ou de changement d'orientation scolaire.

Elle peut toutefois s'expliquer par la nécessité de ne pas entraver abusivement et durablement la circulation d'un mineur à l'étranger, notamment lorsqu'il part en vacances avec l'un de ses parents. Permettre à l'un des parents de disposer d'un droit de veto sur l'organisation des déplacements de l'enfant avec l'autre pourrait être considéré comme abusif, et ce d'autant plus qu'il s'agit souvent d'un moyen pour l'enfant de conserver des liens avec une partie de sa famille élargie résidant à l'étranger. Si l'avant-projet de loi, qui prévoit de soumettre désormais la délivrance du passeport ou de la carte d'identité au double accord parental, se concrétise (encadré ci-après), il appartiendra alors au juge aux affaires familiales de statuer le cas échéant sur le caractère abusif ou non du refus de l'autre parent.

La crainte d'un non-retour de l'enfant doit être relativisée eu égard aux procédures de plus en plus efficaces issues de la convention de La Haye du 25 octobre 1980, du Règlement communautaire dit « Bruxelles II *bis* » et des accords bilatéraux, notamment entre la France et les pays du Maghreb. Elle doit cependant être mise en balance avec les inconvénients sérieux que pourrait générer l'exigence systématique d'un double consentement parental.

Certaines procédures conservatoires ou d'urgence peuvent néanmoins permettre de prévenir un risque avéré d'enlèvement de l'enfant par l'un des parents.

C'est ainsi qu'une opposition à sortie du territoire peut être déposée en préfecture ou auprès d'un commissariat en cas d'urgence. Valable sept jours, cette opposition mentionne l'identité de l'enfant et du parent susceptible de quitter le territoire avec lui, ainsi que les postes frontières susceptibles d'être concernés. Leurs noms sont immédiatement portés au fichier automatisé des personnes recherchées auquel ont accès les services de police et de gendarmerie. Cette mesure d'opposition en urgence est automatiquement radiée du fichier à expiration du délai de 7 jours si elle n'est pas transformée en opposition provisoire ou permanente.

La mesure d'opposition conservatoire permet à l'un des parents exerçant l'autorité parentale de faire opposition sans délai à la sortie de France de son enfant, en attendant de pouvoir justifier de ses droits ou d'obtenir une décision de justice interdisant le départ de l'enfant sans son consentement. La mesure d'opposition conservatoire pourra alors être transformée en mesure d'opposition de longue durée valable un an, et renouvelable d'année en année.

Cette opposition de longue durée intervient dès lors que le droit à opposition est établi ou encore reconnu en application de la loi (autorité parentale

exclusive) ou d'une décision judiciaire prise sur le fondement de l'article 373-2-6 du code civil.

Si les juges aux affaires familiales sont régulièrement saisis de requêtes en ce sens, l'accueil favorable de cette sollicitation est, pour les motifs précédemment énoncés, loin d'être systématique. Il ne saurait en tout cas s'agir d'une clause de style sur les jugements de divorce ou sur les décisions statuant sur l'exercice de l'autorité parentale chaque fois que l'un des parents est d'origine ou de nationalité étrangère. Le parent qui sollicite cette mesure exceptionnelle doit justifier d'un risque sérieux d'enlèvement de l'enfant par l'autre parent (précédentes tentatives, menaces réitérées, absence de toute attache de l'autre parent sur le territoire français...).

Cependant, la portée de cette décision doit être relativisée.

D'une part, la stricte interprétation de l'article 373-2-6 du code civil, qui permet au juge d'ordonner l'inscription de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français *sur le passeport des parents*, est susceptible de vider le texte de sa substance dès lors que, comme on l'a rappelé, les enfants mineurs doivent désormais disposer d'un passeport personnel et ne pourront plus être inscrits sur ceux de leurs parents à l'expiration de leur période de validité de cinq ans. En conséquence, et sous réserve de la modification prévue de la loi ou d'une interprétation large du texte actuel par les magistrats, le dispositif de l'article 373-2-6 dans sa rédaction actuelle ne s'applique pas aux nouveaux passeports délivrés aux enfants à titre personnel. L'inscription ne peut donc être ordonnée que sur les passeports parentaux incluant les enfants et en cours de validité.

D'autre part, elle ne permet l'inscription que *sur le passeport d'un enfant ou d'un parent français*. Si l'autre parent est de nationalité étrangère et que l'enfant possède la double nationalité, il pourra toujours se faire délivrer un passeport pour lui-même et pour son enfant auprès de son pays d'origine. Les autorités françaises ne peuvent empêcher un consulat ou une ambassade d'un autre pays de délivrer un titre de voyage à un ressortissant français qui possède également la nationalité de ce pays. Il appartient alors au parent opposant de demander - décision judiciaire à l'appui - de ne pas délivrer de passeport à l'enfant et de ne pas permettre son inscription sur celui de l'autre parent.

En prévoyant que les interdictions provisoires ou durables de sortie du territoire seront désormais inscrites systématiquement sur le fichier des personnes recherchées et non plus sur les passeports, l'avant-projet de loi simplifie le dispositif. Cependant, il ne faut pas dissimuler que la perméabilité des frontières, notamment au sein de l'espace Schengen, ne permet pas toujours d'exercer un contrôle suffisant aux frontières. Les documents remis au parent opposant mentionnent d'ailleurs systématiquement l'absence de garantie d'une exécution certaine des oppositions à sortie du territoire.

b) L'école

• *Aspects pratiques*

Lors des différentes auditions, certains juges aux affaires familiales ont souligné qu'ils étaient régulièrement saisis par l'un des parents à la suite du départ brutal, avec l'enfant du couple, de l'autre parent. Il ressort en effet des débats avec les praticiens et les associations que le parent peut, sans difficulté aucune, en plein milieu d'année scolaire, obtenir de l'école primaire d'origine un certificat de radiation et réinscrire l'enfant dans l'école de son nouveau domicile.

Certes, l'article 372-2 du code civil dispose qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». Faut-il considérer que l'inscription dans un établissement scolaire ou la radiation de l'enfant constitue un acte usuel de l'autorité parentale, c'est-à-dire, pour reprendre la définition la plus couramment admise, un acte qui ne fait pas rupture avec le passé et qui n'engage pas l'avenir ?

La réponse ne peut être binaire : il ne saurait, par exemple, être fait obstacle à la décision d'un parent muni d'une décision fixant chez lui la résidence principale de l'enfant de l'inscrire à l'école publique de son domicile, s'agissant en l'espèce d'un acte usuel de l'autorité parentale.

En revanche, dès lors qu'aucune décision de justice ne régit la situation de l'enfant, la prudence devrait être de mise, surtout s'agissant d'un couple non marié. Il suffirait alors à l'école de solliciter de façon systématique la production d'un acte de naissance de l'enfant : si celui-ci a été reconnu par ses deux parents dans l'année de sa naissance, l'autorité parentale est nécessairement conjointe.

Dans les faits, l'école d'origine, saisie par un seul des parents d'une demande de certificat de radiation en plein milieu d'année scolaire, sachant que l'enfant a un autre parent codétenteur de l'autorité parentale, ne peut faire l'économie de vérifier le consentement de ce dernier à une telle démarche non usuelle. De même, l'école d'accueil est légalement tenue pour le moins de demander au parent de produire une décision judiciaire fixant à son domicile la résidence de l'enfant et, à défaut, de solliciter l'accord de l'autre parent qui apparaît sur l'acte de naissance.

En négligeant de procéder à des vérifications minimales et en se réfugiant à tort derrière les dispositions de l'article 372-2 du code civil, l'Éducation nationale peut *de facto* faciliter un déplacement illicite d'enfant.

D'autres décisions en matière de scolarité doivent être considérées comme non usuelles, exigeant de ce fait l'accord des deux parents. Il s'agit notamment des décisions prises en matière d'orientation scolaire, dès lors qu'elles impliquent une modification dans la trajectoire scolaire de l'enfant : redoublement, « saut » de

classe, orientation vers une voie professionnelle ou spécialisée, vers un établissement à caractère confessionnel...

En revanche, les autres décisions et autorisations afférentes à la vie scolaire doivent pouvoir être prises par un seul parent agissant pour le compte des deux, dès lors bien entendu qu'aucun indice ne laisse à penser qu'un désaccord pourrait exister : inscription à la cantine, voyage scolaire, autorisation d'absence, inscription à l'aide aux devoirs ou au soutien scolaire...

Quant à l'envoi des bulletins scolaires, convocations aux réunions avec les enseignants, élection des parents d'élèves, les directives de l'Éducation nationale prescrivent régulièrement aux établissements de les adresser systématiquement aux deux parents lorsque ceux-ci vivent séparément, sans qu'il y ait lieu d'exiger que les informations destinées au parent non « gardien » soient subordonnées à une demande expresse de sa part ou doivent transiter par le parent chez lequel l'enfant réside habituellement. Les doléances exprimées par les parents dans le cabinet du juge aux affaires familiales démontrent que cette prescription pourtant simple à mettre en œuvre est loin d'être respectée par tous les établissements scolaires.

- *Aspects juridiques*

L'éducation nationale offre **un bon terrain d'accomplissements d'actes usuels** pour lesquels le consentement d'un seul parent suffit, l'accord de l'autre devant être présumé par les responsables administratifs. Il n'y a pas lieu dès lors, pour un directeur d'école, de surseoir à une décision pouvant être prise au vu de l'autorisation donnée par un seul parent, telle qu'une autorisation de sortie ou de voyage scolaire, le choix d'une telle option ou d'une langue vivante.

Seuls des choix importants pour l'avenir de l'enfant justifie que l'administration scolaire exige l'accord exprès des deux parents exerçant ensemble l'autorité parentale. Ce pourrait être le cas d'une décision d'orientation vers une filière dont les débouchés seraient notoirement réduits.

En l'état actuel de la jurisprudence, chacun des parents peut obtenir, au titre des **actes usuels** bénéficiant de la présomption d'accord de l'autre parent, **l'inscription ou la radiation d'une école** de leur enfant mineur, « *sans qu'il soit besoin d'établir qu'il dispose de l'accord exprès de l'autre parent, dès lors qu'il justifie exercer, conjointement ou exclusivement, l'autorité parentale sur cet enfant et qu'aucun élément ne permet à l'administration de mettre en doute l'accord réputé acquis de l'autre parent* » (Cour administrative d'appel de Paris, 2 octobre 2007, *Giammarco X*).

De la même façon, **les justifications des absences scolaires, ponctuelles et brèves, de l'enfant**, même présentées seulement par oral par la mère ou le père sont des actes usuels qui n'ont pas à être portés à la connaissance de l'autre parent par l'administration (Tribunal administratif de Melun, 18 décembre 2007, *P. c/Recteur de l'académie de Créteil*). **Le carnet de correspondance de**

l'enfant, qui est toujours dans son cartable et qui est conservé par la famille à la fin de l'année scolaire, n'a pas à être transmis par l'école à la demande de l'autre parent (même jugement).

La transmission des documents concernant la scolarité de l'enfant

Il s'agit des résultats scolaires mais également de tout document relatif à la scolarité de l'enfant. Lorsque les parents vivent ensemble, un seul envoi de ces documents est effectué. En revanche, si les deux parents ne vivent pas ensemble, le directeur de l'école leur envoie les mêmes documents. À cette fin, la circulaire n° 94-149 du 13 avril 1994 relative au contrôle de la scolarité des enfants naturels et légitimes par leurs parents ainsi que la note du ministre de l'éducation nationale du 13 octobre 1999 prévoit que soient systématiquement demandées, lors de l'inscription de l'enfant et à chaque début d'année, les coordonnées des deux parents.

Cette présomption simple, est susceptible de preuve contraire. Si l'autre époux estime que son conjoint a abusé du pouvoir donné par l'article 372-2 du code civil pour passer un acte sans son assentiment, il lui appartient de saisir le juge. Cela pourrait également constituer une faute justifiant une demande en divorce ou la mise en jeu de la responsabilité civile. Le tiers intervenu dans un acte usuel à la demande d'un seul époux ne peut se voir inquiéter juridiquement, dès lors qu'il était de bonne foi, c'est-à-dire dès lors qu'il n'avait pas connaissance d'une dissension relative à cet acte. Celui qui aurait eu connaissance de l'opposition du conjoint ne pourrait être considéré de bonne foi. Il appartient à l'époux qui attaque le tiers de prouver sa mauvaise foi.

Au titre des **actes parentaux importants**, nécessitant systématiquement l'accord des deux parents, il faut ranger la décision d'**orientation de l'élève** ou encore, dans certaines conditions, la décision d'inscription (cf. *supra*). Si les parents séparés ne sont pas d'accord sur le mode de scolarisation de leur enfant et si l'administration en est informée (Cour administrative d'appel de Paris, 2 octobre 2007, *Giammarco X*), seul le juge pour enfant peut résoudre le différend et non l'administration scolaire (Cour administrative d'appel de Nancy, 27 janvier 2005, *ministre de l'Éducation nationale c/Y.*). Il appartient dans tous les cas au parent de permettre « à l'administration de mettre en doute l'accord réputé acquis de l'autre parent » (Conseil d'État, 8 février 1999, *Dupin*)

Dans les rapports avec les tiers, on peut craindre que ceux-ci ne demandent, en dépit de la présomption de pouvoir de chaque parent pour les actes usuels concernant la personne de l'enfant (art. 372-2 du code civil), le consentement exprès du père et de la mère, chaque fois que par leur intervention, l'enfant courra un risque ou que de leur intervention des conséquences pécuniaires importantes pourront découler.

c) Le choix de la résidence

Au moment du divorce ou de la séparation des parents, le choix de la résidence des enfants tend le plus souvent à cristalliser les tensions, voire les conflits, qui peuvent apparaître lors de ruptures familiales. En effet, la question de la résidence des enfants après la séparation de leurs parents est une question

majeure, qui concentre sur elle l'attention de tous les protagonistes. Or, seul l'intérêt supérieur de l'enfant, auquel doivent se conformer les parents et que le juge a la charge de mettre en avant, lorsque les parents ne peuvent trouver un accord, doit orienter la résolution de cette question.

- *La résidence des enfants mineurs à la suite du divorce de leurs parents*

Alors que l'article 373-2-9 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002, dispose que « *la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* », l'étude précitée de Mme Laurence Chaussebourg et M. Dominique Baux (octobre 2007) constate que dans près de 77 % des divorces, les enfants mineurs résident avec leur mère, cette décision du juge aux affaires familiales correspondant aux demandes formulées *in fine* par les parents. Dans environ 14 % des divorces, les enfants résident alternativement chez leur père et leur mère, alors que les pères ne sont que 7 % à avoir leur(s) enfant(s) à demeure ⁽¹⁾. En effet, les mineurs les plus âgés vivent plus fréquemment chez leur père : environ 11 % des enfants âgés entre 14 et 18 ans résident chez lui et seulement 3 % des enfants de moins de 2 ans. La résidence alternée atteint quant à elle son maximum aux âges de 7 à 8 ans : 13 % des enfants de ces âges bénéficient de ce mode de résidence.

De surcroît, dans seulement 2 % des divorces avec enfant, un désaccord sur la résidence persiste à l'issue de la procédure de divorce, chacun des parents souhaitant obtenir la résidence de l'enfant chez lui. Le juge fixe alors la résidence chez la mère dans 65 % des cas et chez le père dans 26 % des cas. Les 9 % restant se partagent équitablement entre une résidence en alternance et une fratrie séparée entre le père et la mère.

- *La résidence des enfants mineurs à la suite de la séparation de leurs parents non mariés*

L'étude précitée de Mme Laurence Chaussebourg et M. Dominique Baux a permis de mettre en évidence que, dans 92 % des décisions concernant des enfants de parents non mariés, la résidence de l'enfant sera fixée chez un seul de ses parents : 84 % chez la mère et 8 % chez le père. La résidence alternée ne concerne en définitive que 6 % des enfants, contre 14 % en cas de divorce.

À l'instar de ce qui peut être observé en cas de divorce, le mode de résidence des enfants mineurs varie en fonction de leur âge. Ainsi, plus l'enfant est âgé, plus il résidera chez son père au détriment d'une résidence chez sa mère (plus de 15 % à partir de 13 ans). La résidence alternée prend le relais de la résidence chez la mère de 5 à 7 ans ⁽²⁾ avant d'être dépassée par la résidence chez le père. Si cette dernière prend nettement le pas sur la résidence alternée à partir de 10 ans, celle-ci, en cas de divorce, domine sur la résidence chez le père jusqu'à l'âge de 14 ans.

(1) Il s'agit pour la plupart d'adolescents.

(2) En effet, la résidence alternée culmine à plus de 10 % pour les enfant âgés de 5 à 7 ans.

Contre seulement 2 % des couples qui divorcent, 6 % des couples non mariés qui se séparent restent en désaccord sur la résidence des enfants à l'issue de la procédure. La résidence est alors fixée un peu moins souvent chez la mère qu'en cas d'accord (69 %) et plus souvent chez le père (17 %) ou en alternance (10 %).

- *La résidence alternée : rendre la coparentalité effective au détriment de l'intérêt de l'enfant ?*

Afin de donner sa pleine effectivité au principe de coparentalité, la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a prévu la possibilité pour le juge aux affaires familiales d'opter pour une résidence alternée en cas de séparation ou de divorce des parents. Ainsi, aux termes de l'article 373-2-9 du code civil, « *la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* ».

En cas de désaccord ou à la demande de l'un d'eux, le deuxième alinéa de ce même article autorise le juge à prescrire une résidence alternée à titre provisoire et donc expérimental, dont il détermine lui-même la durée. Au terme de celle-ci, il décide de pérenniser la résidence alternée ou au contraire d'y renoncer. L'accord des parents est toutefois souhaitable pour que le fonctionnement d'une résidence alternée soit réussi.

Décriée par les uns, surtout pour les très jeunes enfants⁽¹⁾, défendue par d'autres, la résidence alternée permet à l'enfant de vivre au quotidien tantôt chez son père, tantôt chez sa mère. Reste à savoir si elle est toujours le gage d'une coparentalité réellement partagée entre les parents dans l'intérêt de l'enfant.

Si elle favorise incontestablement un maintien réel des liens de l'enfant avec ses deux parents, elle n'en présente pas moins de sérieuses limites. Tout d'abord, elle a des implications financières relativement importantes, si bien que, dans les faits, elle est davantage adaptée à des ménages aisés. En effet, l'enfant partageant sa vie entre le domicile du père et le domicile de la mère, il lui est impossible de « déménager » l'ensemble de ses affaires chaque semaine, ce qui contraint *de facto* les parents à tout prévoir en double, à disposer d'un espace pour l'enfant et à prendre en charge ses frais de déplacement. Ainsi, un couple aux revenus modestes qui viendrait à se séparer, quand bien même il souhaiterait la mise en place d'une résidence alternée, ne pourrait probablement pas l'assumer, faute de moyens suffisants.

Cependant, les critiques les plus fortes adressées à la résidence alternée viennent des pédopsychiatres. Dans une étude intitulée « *La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans* »⁽²⁾ : *une situation à hauts risques psychiques* », plusieurs praticiens⁽³⁾ ont souligné l'existence « *d'une véritable*

(1) M. Berger et J. Phelip, *Le livre noir de la garde alternée*, Dunod, 2006.

(2) D'après les chiffres du ministère de la Justice, en 2005, 11 % des enfants de moins de six ans étaient en résidence alternée après une séparation parentale.

(3) Maurice Berger, Albert Ciconne, Nicole Guedeney, Hana Rottman, *La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans : une situation à hauts risques psychiques*, revue *Devenir*, 2004.

pathologie psychique due à la résidence alternée, avec l'apparition d'un ou des symptômes suivants » : sentiment d'insécurité avec apparition d'angoisses, d'abandon qui n'existaient pas auparavant, ces enfants ne supportant plus l'éloignement de leur mère et demandant à être en permanence avec elle ; sentiment dépressif avec un regard vide pendant plusieurs heures ; troubles du sommeil ; eczéma ; agressivité, en particulier à l'égard de la mère considérée comme responsable de la séparation ; perte de confiance envers les adultes, en particulier envers le père qui peut être rejeté, etc. L'étude poursuit en ajoutant que « *ces troubles peuvent s'installer de manière durable à l'adolescence et se retrouver à l'âge adulte sous la forme d'angoisse et de dépression chroniques* ».

M. Pierre Levy-Soussan, pédopsychiatre partage ce point de vue sur la résidence alternée. Lors de son audition⁽¹⁾, il a rappelé la nécessité pour l'enfant, à son plus jeune âge, d'avoir des repères stables, asymétriques, complémentaires et répétitifs, soulignant au passage que « *l'enfant peut tout à fait reconstruire une vie où la place de l'un et de l'autre est asymétrique, où il verra moins l'un de ses parents. Il s'agit d'une réalité qui est parfois plus bénéfique que préjudiciable à l'enfant* ». En effet, la résidence alternée repose sur une vision purement sociologique des liens familiaux, vision elle-même porteuse de risques psychologiques pour l'enfant. Non contente de déstabiliser les repères affectifs, sociaux et scolaires par l'alternance, la garde alternée devient le plus souvent le nouveau lieu d'affrontement du couple, où l'enfant, objet et non sujet, est instrumentalisé par les adultes.

3. L'effectivité des liens parentaux après la séparation

Après le divorce ou la séparation, nombre de couples peinent à maintenir concrètement les relations avec leur enfant. Pour que la coparentalité puisse effectivement perdurer, il faut que les parents soient bien préparés et qu'ils ajustent ensemble leurs pratiques dans de multiples domaines (éducation, résidence, etc.). Pour cela, toute solution convenue entre eux est la bienvenue et le législateur privilégie les accords parentaux soumis ensuite au juge pour homologation (code civil, article 373-2-7).

Les parents en difficultés sont dirigés vers la médiation familiale (code civil, article 373-2-10) qu'il convient de développer beaucoup plus largement⁽²⁾. Il revient également au juge de s'assurer de la bonne compréhension par le père et la mère de la mesure instaurée. Ainsi, tenir compte de l'allaitement de l'enfant par sa mère peut amener le magistrat à fixer progressivement le droit de visite et

(1) Audition du jeudi 7 mai 2009.

(2) Le Gouvernement est favorable au développement de la médiation familiale en cas de séparations familiales : réponse du 10 mars 2009 de la garde des Sceaux à la question n° 30004 de Denis Jacquat du 2 septembre 2008, JO du 10 mars 2009. D'autres arguments ont été développés par la Commission Guinchard et le Médiateur de la République.

d'hébergement du père. Il faut alors que ce dernier comprenne ces motivations et soit averti que la décision est temporaire⁽¹⁾.

Les parents doivent surtout comprendre que leur rôle éducatif n'est pas affecté par la rupture. La notion de coparentalité est pourtant mal connue – en particulier par les couples non mariés – et donc mal appréhendée, le parent non cohabitant n'ayant pas toujours conscience de la plénitude des prérogatives qui lui sont octroyées. Le nombre de divorces (sans compter les séparations de couples hors mariage) est évalué à 139 147. Parmi les enfants de parents divorcés, 25 % voient leur père une fois par semaine, 22 % ne le voient que quatre fois par an, 18 % jamais et 17 % sont élevés par leur père. Ces chiffres montrent que les enfants demeurent encore majoritairement auprès de leur mère, si bien que ce sont les pères qui ont des difficultés à maintenir le lien et à exercer l'autorité parentale conjointement avec la mère.

Lorsque le père a une nouvelle compagne, les relations avec ses enfants du premier lit risquent d'être encore plus distancées. Il est pourtant essentiel que le parent qui ne vit pas avec l'enfant comprenne qu'il existe d'autres manières de maintenir les liens avec l'enfant. Ainsi, sans côtoyer l'enfant tous les jours, il peut favoriser des échanges avec lui grâce aux technologies modernes de communication (courriels et autres *Webcam*, appels téléphoniques, etc.), qui sont autant de moyens efficaces pour donner un sens à la coparentalité.

En tout état de cause, ces échanges permettent le dialogue et l'expression de sentiments, contribuant ainsi à diminuer les tensions et à assurer la continuité des rapports éducatifs.

(1) TGI Dax, 26 avril 2006 qui invite les parents à intenter une nouvelle procédure lorsque l'enfant sera âgé de deux ans.

DEUXIÈME PARTIE : L'INTÉRÊT DE L'ENFANT PEUT NÉCESSITER L'INTERVENTION DES TIERS DANS L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

L'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers est parti du constat selon lequel les évolutions récentes à l'œuvre dans la famille (augmentation des divorces, des séparations et, partant, des foyers monoparentaux) imposaient de repenser la place du beau-parent et, plus largement du tiers, au sein de la cellule familiale.

Loin de conférer un véritable statut juridique au beau-parent, comme cela a pu souvent être affirmé, ce texte a recherché une voie médiane, visant à mieux encadrer l'intervention du tiers dans l'exercice de l'autorité parentale suivant trois axes.

En premier lieu, il tente de mieux définir le régime des actes usuels et importants, afin de circonscrire la sphère d'intervention ouverte au tiers et celle réservée aux deux parents. En deuxième lieu, l'avant-projet de loi s'attache à clarifier l'association d'un tiers à l'exercice de l'autorité parentale, en réformant en profondeur la procédure de délégation-partage de l'autorité parentale, telle qu'elle existe actuellement dans le code civil. Enfin, tout en aménageant les modalités d'exercice de l'autorité parentale pour permettre l'intervention d'un tiers, le dispositif cherche à renforcer le maintien des liens affectifs tissés entre l'enfant et un tiers dans des circonstances particulières (décès et séparation).

Les développements qui suivent ont pour objet de montrer les limites et les avancées de ces propositions, tout en rendant fidèlement compte des auditions organisées par l'auteur du présent rapport et des contributions qui ont été portées à sa connaissance (cf. annexe II).

A. MIEUX DÉFINIR LE RÉGIME DES ACTES USUELS ET IMPORTANTS DE L'AUTORITÉ PARENTALE

La première ambition de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers est de conférer aux actes usuels et importants une définition législative, qui serait seule susceptible de délimiter l'intervention du tiers dans la vie courante.

En effet, alors que la distinction entre ces deux types d'actes repose actuellement sur une construction jurisprudentielle évolutive, s'efforçant de s'adapter à la diversité des familles, le texte se propose de clarifier le régime des actes usuels et importants pour donner une base légale claire aux actes qui peuvent être effectués par un tiers autorisé par l'un des parents et ceux qui ne peuvent être effectués que par les parents.

1. La distinction entre actes usuels et importants repose sur une jurisprudence s'adaptant à la diversité des familles

En énonçant que les « *père et mère exercent en commun l'autorité parentale* », l'article 372 alinéa 1^{er} du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002, consacre la **coparentalité**. Celle-ci peut être définie comme la prise en charge et l'éducation de l'enfant par ses deux parents. La coparentalité impliquant que le père et la mère soient parents à égalité, sa première expression réside bien dans le **principe d'exercice en commun de l'autorité parentale**.

Exerçant en commun l'autorité parentale, les parents disposent des mêmes pouvoirs. Sur ce point, la coparentalité implique donc que les décisions soient prises conjointement par le père et la mère. En pratique, l'application de ce principe est facilitée par l'article 372-2 du code civil, qui régit la **distinction entre actes usuels et non usuels**.

Article 372-2 du code civil

À l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.

a) Les actes usuels bénéficient de la présomption d'accord entre les parents

L'article 372-2 du code civil édicte une présomption d'accord pour les actes usuels, valant **dispense de preuve de l'accord des deux parents** et décharge de responsabilité au bénéfice des tiers de bonne foi. Il s'agit là d'une présomption légale qui a pour but de réduire les inconvénients liés à la conception collégiale de l'autorité parentale : il ne faut pas en effet que cette conception serve de prétexte pour exiger à tout propos une double signature.

Or, le code civil ne définit pas les critères permettant d'identifier les actes usuels. Par conséquent, **c'est à la jurisprudence d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, s'il s'agit d'un acte usuel** ou bien d'un acte grave, inhabituel, pour lequel une décision collégiale s'impose « *dans les grandes circonstances qui intéressent corps ou âme la personne de l'enfant (un engagement religieux, une intervention chirurgicale grave, une orientation professionnelle, etc.)* »⁽¹⁾. Il est vrai que la communauté de résidence va conférer nécessairement à son bénéficiaire une prépondérance de fait dans l'autorité parentale au jour le jour, qui ne peut être contrebalancée que par un devoir d'information.

b) Les actes importants nécessitent l'accord des deux parents

Si les actes usuels profitent de la présomption d'accord entre les parents, l'accomplissement des actes importants par un parent nécessite que celui-ci sollicite obligatoirement l'accord de l'autre parent.

(1) Rapport du sénateur Jozeau-Marigné, n° 127, p. 41.

On considère généralement qu'**un acte est important ou non usuel, s'il rompt avec le passé ou s'il engage l'avenir de l'enfant**. Ainsi, tout choix inhabituel ou important dans la vie de l'enfant requiert l'accord systématique des deux parents. La responsabilité du parent qui a pris une décision sans l'accord de l'autre ainsi que celle du tiers qui l'a exécutée, pourrait être engagée en cas de non-respect de cette exigence.

c) La jurisprudence a défini une ligne de partage relativement stable entre les actes usuels et les actes importants

Sont considérés par la jurisprudence comme **des actes usuels** bénéficiant de la présomption d'accord de l'autre parent :

— une intervention chirurgicale bénigne et médicalement nécessaire pratiquée à la demande d'un parent seul ainsi que les soins médicaux de routine (vaccinations obligatoires, blessures légères, soins dentaires, maladies infantiles bénignes) de manière générale (*TGI de Paris, 6 novembre 1973*) ;

— une demande d'inscription, par un seul parent, de ses enfants mineurs sur son passeport (*CE, 8 février 1999 ; CE, 4 décembre. 2002*) ainsi que la demande de documents administratifs (carte d'identité...) pour l'enfant de manière générale ;

— la réinscription de l'enfant un établissement scolaire, son inscription dans un établissement similaire ainsi que sa radiation (*CA Paris, 2 octobre 2007*), ceci sans préjudice pour l'acteur du devoir d'informer l'autre parent (cf. *supra*).

Sont en revanche considérés comme **des actes importants** exigeant l'accord explicite des deux parents :

— la circoncision rituelle pratiquée dans les religions juive et musulmane, dans la mesure où elle constitue un signe d'appartenance religieuse ainsi que le choix d'une religion pour l'enfant de manière générale (*CA Paris, 29 septembre 2000 ; CA Rennes, 4 avril 2005*) ;

— la primo inscription dans un établissement scolaire, dans la mesure où il y a un vrai choix à faire entre école publique, privée ou religieuse ; l'inscription dans un établissement scolaire où les enseignements sont dispensés dans une autre langue que le parent non-résident ne maîtrise pas (*Cass. Civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005*) ; l'inscription dans une école religieuse alors que l'enseignement dispensé à l'enfant était auparavant public et laïc, dans une école avec des méthodes pédagogiques particulières ou peu communes, l'inscription à un cours de catéchisme (*CA Toulouse, 7 novembre 2006*) ;

— les interventions chirurgicales nécessitant l'hospitalisation prolongée de l'enfant, sauf cas d'urgence où le médecin peut prendre le risque d'agir avec l'accord d'un seul parent (*TGI de Paris, 6 novembre 1973*) ;

- le choix du nom d'usage de l'enfant (*Cass. Civ. 1^{re}, 3 mars 2009*) ;
- le consentement à un prélèvement d'organes sur le mineur décédé (article L. 1232-2 du code de la santé publique) ou l'acceptation d'une offre transactionnelle en réparation d'un préjudice moral issu d'une transfusion sanguine contaminée (*CA Paris, 12 octobre 2004*) ;
- l'autorisation d'une recherche biomédicale sur le mineur (articles L. 1122-1 et L. 1122-2 du code de la santé publique) ;
- le consentement à l'adoption d'un mineur (3^e alinéa de l'article L. 224-5 du code de l'action sociale et des familles) ;
- les décisions d'adoption (article 348-3 du code civil), d'abandon (article 350 du code civil) et d'émancipation (article 477 du code civil) ;
- l'ouverture d'un compte bancaire et la conclusion d'une assurance-vie sur la tête du mineur (alinéa 1 de l'article L. 132-4 du code des assurances) ;
- la demande de perte de la nationalité française (*CE, 26 juillet 2006*) ;
- la participation de l'enfant à une émission télévisée sur les parents divorcés sans le consentement de sa mère ou à des photographies même si son père est célèbre (*CA Versailles, 11 septembre 2003*) ;
- la décision du regroupement familial destinée à faire venir sur le territoire français un enfant mineur (article R. 421-5-3^o du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

TABLEAU RÉCAPITULATIF DES ACTES USUELS ET DES ACTES IMPORTANTS

<p style="text-align: center;">Actes usuels <i>(liste non exhaustive)</i></p>	<p style="text-align: center;">Actes importants <i>(liste non exhaustive)</i></p>
<p>— une intervention chirurgicale bénigne et médicalement nécessaire pratiquée à la demande d'un parent seul (<i>TGI de Paris, 6 novembre 1973</i>) ainsi que les soins médicaux de routine (vaccinations obligatoires, blessures légères, soins dentaires, maladies infantiles bénignes) de manière générale ;</p> <p>— une demande d'inscription, par un seul parent, de ses enfants mineurs sur son passeport (<i>CE, 8 février 1999</i>), une demande directe d'établissement d'un passeport au nom de l'enfant ainsi que la demande de documents administratifs (carte d'identité...) pour l'enfant de manière générale ;</p> <p>— la réinscription de l'enfant dans un établissement scolaire, son inscription dans un établissement similaire ainsi que sa radiation, ceci sans préjudice pour l'acteur du devoir d'informer l'autre parent ;</p> <p>— les justifications des absences scolaires, ponctuelles et brèves, de l'enfant, même présentées seulement par oral par la mère ou le père ;</p> <p>— les voyages à l'étranger ainsi que l'autorisation de récupérer l'enfant au débarquement aéroportuaire ;</p> <p>— le consentement au mariage de l'enfant (article 149 du code civil) ;</p> <p>— la nomination d'un curateur (article L. 3211-9 du code civil).</p>	<p>— la circoncision rituelle pratiquée dans les religions juive et musulmane, dans la mesure où elle constitue un signe d'appartenance religieuse ainsi que le choix d'une religion pour l'enfant de manière générale ;</p> <p>— la primo inscription dans un établissement scolaire, dans la mesure où il y a un vrai choix à faire entre école publique, privée ou religieuse ; l'inscription dans un établissement scolaire où les enseignements sont dispensés dans une autre langue que le parent non-résident ne maîtrise pas ; l'inscription dans une école religieuse alors que l'enseignement dispensé à l'enfant était auparavant public et laïc, dans une école avec des méthodes pédagogiques particulières ou peu communes, l'inscription à un cours de catéchisme ;</p> <p>— les interventions chirurgicales nécessitant l'hospitalisation prolongée de l'enfant, sauf cas d'urgence où le médecin peut prendre le risque d'agir avec l'accord d'un seul parent ;</p> <p>— le choix du nom d'usage de l'enfant (<i>Cass. Civ. 1^{re}, 3 mars 2009</i>) ;</p> <p>— le consentement à un prélèvement d'organes sur le mineur décédé (article L. 1232-2 du code de la santé publique) ou l'acceptation d'une offre transactionnelle en réparation d'un préjudice moral issu d'une transfusion sanguine contaminée ;</p> <p>— l'autorisation d'une recherche biomédicale sur le mineur (articles L. 1122-1 et L. 1122-2 du code de la santé publique) ;</p> <p>— le consentement à l'adoption d'un mineur (3^e alinéa de l'article L. 224-5 du code de l'action sociale et des familles) ;</p> <p>— les décisions d'adoption (article 348-3 du code civil), d'abandon (article 350 du code civil), d'émancipation (article 477 du code civil).</p> <p>— l'ouverture d'un compte bancaire et la conclusion d'une assurance-vie sur la tête du mineur (alinéa 1 de l'article L. 132-4 du code des assurances) ;</p> <p>— la demande de perte de la nationalité française ;</p> <p>— la participation de l'enfant à une émission télévisée sur les parents divorcés sans le consentement de sa mère ou à des photographies même si son père est célèbre ;</p> <p>— la décision du regroupement familial destinée à faire venir sur le territoire français un enfant mineur (article R. 421-5-3^o du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).</p>

2. L'avant-projet de loi propose une définition, qui vient consacrer la jurisprudence, sans toutefois résoudre toutes les difficultés

Dans son souci de mieux encadrer le régime des actes usuels et importants et ainsi de circonscrire l'intervention du tiers, l'avant-projet de loi s'attache à clarifier les notions d'actes usuels et importants. En effet, avant de permettre à chaque parent d'associer un tiers à l'éducation de son enfant, ce texte entend définir exactement l'étendue des prérogatives qu'il peut exercer seul et délimiter les actes qui ne peuvent être exercés que d'un commun accord, notamment en matière de délivrance d'un titre d'identité ou de transport ainsi que de sortie du territoire.

a) La clarification de la notion d'actes usuels et importants

L'avant-projet de loi envisage de clarifier les contours de la notion d'actes usuels et d'actes importants :

— grâce à la définition législative des actes importants et de leur régime juridique, en insérant à l'article 372-2 du code civil un second et nouvel alinéa ainsi rédigé : « *L'accord des parents est requis pour effectuer les actes importants de l'autorité parentale. Sont réputés tels les actes qui engagent l'avenir de l'enfant ou qui touchent à ses droits fondamentaux* » ;

— grâce à la possibilité offerte au juge aux affaires familiales d'autoriser, dans certaines conditions, le tiers à qui est confié l'enfant d'accomplir un acte important de l'autorité parentale, en insérant un nouvel alinéa à l'article 373-4 du code civil : « *Le tiers à qui est confié l'enfant peut saisir le juge afin d'être autorisé à effectuer un acte important de l'autorité parentale, lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie et, notamment, en cas de refus abusif ou injustifié, de négligence des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou d'impossibilité pour eux d'effectuer un tel acte, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure* » ;

— grâce à la consécration législative offerte à chacun des parents d'autoriser un tiers à accomplir un acte usuel de l'autorité parentale, en complétant le régime des actuels usuels, régi par le premier alinéa de l'article 372-2 du code civil : « *À l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale ou qu'il autorise un tiers à effectuer un tel acte* ».

Cependant, cette clarification du régime juridique des actes usuels et importants ne pourra *a priori* pas résoudre l'ensemble des difficultés et, lors des auditions réalisées par l'auteur du présent rapport, plusieurs reproches ont été adressés à l'encontre de cette tentative de définition.

- *Une définition seulement négative des actes usuels*

En premier lieu, si les actes importants sont bien identifiés, à l'inverse les actes usuels de l'autorité parentale sont définis de manière seulement négative : sont des actes usuels – bénéficiant de la présomption d'accord entre les parents – ceux qui « *n'engagent pas l'avenir de l'enfant, notamment quant à sa santé ou à son éducation, ou qui ne touchent pas à ses droits fondamentaux* ». M. Philippe Malaurie, professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), considère quant à lui que « *cette définition ne sert à rien* »⁽¹⁾ : aucune difficulté particulière n'est observée dans la pratique, dans la mesure où les parents peuvent donner mandat à toute personne au quotidien pour les actes usuels.

M. Laurent Gebler, juge aux affaires familiales et vice-président du Tribunal de grande instance de Libourne, conteste la logique d'une définition seulement négative des actes usuels. En effet, l'article premier de l'avant-projet de loi prévoit d'inscrire dans la loi la possibilité pour chacun des parents d'autoriser un tiers à accomplir un acte usuel de l'autorité parentale. Or, cet aménagement du principe de la « co-décision » en matière d'actes usuels n'est guère une nouveauté sur le plan juridique. En l'état actuel du droit, chacun des parents peut autoriser un tiers à accomplir un acte usuel concernant la personne de l'enfant, autorisation qui peut être tacite et n'a dès lors pas besoin d'être exprimée. Ainsi, lorsqu'un parent confie son enfant à un tiers, il donne à celui-ci un mandat tacite pour accomplir les actes de la vie quotidienne. Dans ces conditions, « *la logique voudrait que ce soit cette notion d'acte usuel qui soit précisée, puisqu'elle induit un tempérament au principe de décision conjointe, et non, comme le propose l'avant-projet de loi, la notion d'acte important* ».

- *Une clarification susceptible de remettre en cause la coparentalité*

En deuxième lieu, certains juges aux affaires familiales rencontrés pour rédiger ce rapport se sont montrés très réservés sur cette tentative de définition des actes usuels et importants. En effet, selon eux, le risque n'est pas négligeable que les parents estiment que l'accord de chacun d'eux n'est pas requis pour les actes usuels, alors que les juges aux affaires familiales militent pour faire comprendre aux parents que l'autorité parentale s'exerce en commun au quotidien. Le conflit provenant le plus souvent du manque de communication, tout doit être mis en œuvre pour obliger les parents à échanger, même sur les actes les plus anodins.

En effet, toutes les décisions relatives à l'enfant, fussent les plus banales, doivent être prises d'un commun accord : c'est le sens de l'autorité parentale conjointe et la sphère d'autonomie – à savoir la présomption de l'accord de l'autre parent pour les actes usuels – n'a été prévue que pour éviter la paralysie de chacun dans ses relations avec l'extérieur. Or, c'est précisément ce risque que pourrait favoriser l'avant-projet de loi. Dans un certain nombre de cas, la réforme rendra donc nécessaire et vraisemblablement plus fréquente une saisine du juge aux

(1) Philippe Malaurie, Autorité parentale et droits des tiers : un avant-projet patchwork, *La semaine juridique* – Edition générale n° 14, 1^{er} avril 2009.

affaires familiales, soit pour autoriser un parent à exercer seul un acte déterminé, soit plus radicalement pour substituer un exercice unilatéral à l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Alors que beaucoup de conflits se cristallisent après la séparation sur le choix des activités extrascolaires ou bien sur les principes d'éducation, les parents seront tentés d'invoquer devant le juge cette définition législative. Le « *risque d'inflation des contentieux* » en matière d'actes usuels et importants, mis en avant par la Fédération nationale de la médiation familiale (FENAMEF) ⁽¹⁾ est plus que probable.

C'est, en définitive, toute la logique de l'exercice conjoint de l'autorité parentale qui pourrait être ainsi malmenée par cette tentative de définition des actes usuels et importants et l'affirmation selon laquelle « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* » ne pourrait demeurer qu'une pétition de principe. Par conséquent, comme l'a souligné M. Laurent Gebler, lors de son audition, « *il serait également utile de préciser qu'en cas de difficulté d'interprétation des notions d'actes usuels et importants au regard d'une situation spécifique, le principe reste celui du double accord parental, qui doit s'appliquer dans le doute. Une telle disposition résiduelle permettrait notamment aux administrations (éducation nationale, hôpital, etc.) d'exiger le double accord parental dans certaines situations tangentes* ».

- *La nécessité d'une définition contestée par les pédopsychiatres*

Les pédopsychiatres estiment pour leur part que la définition des actes usuels et importants tombe sous le sens et qu'elle convient seulement à des gens de bonne volonté, prêts à discuter et à convenir d'arrangements. En cas de conflits familiaux, l'un des parents peut toujours être tenté de tout mettre en œuvre pour s'opposer systématiquement aux décisions prises par l'autre parent.

C'est le sens des propos tenus par le professeur Bernard Gibello, lors de son audition ⁽²⁾ : « *Si chacun est de bonne foi et de bonne compétence, cela ne pose aucun problème, et d'ailleurs dans ces cas, la nécessité d'une loi n'est pas évidente* ».

b) La modification du mode de délivrance des titres d'identité

Mettant en avant les conséquences graves que la délivrance des titres d'identité ou de voyage peut engendrer si l'enfant quitte le territoire national à l'insu de l'un de ses parents, l'avant-projet de loi subordonne cette délivrance à l'accord des deux parents. Un article 372-3 serait inséré après l'article 372-2 du code civil : « *La délivrance d'un titre d'identité ou de voyage requiert l'autorisation des deux parents* ».

(1) Audition du jeudi 28 mai 2009.

(2) Audition du jeudi 7 mai 2009.

Actuellement, il s'agit d'un acte usuel, ne nécessitant pas l'accord des deux parents. À la lumière des auditions réalisées pour préparer ce rapport, il ressort que la mesure proposée serait susceptible de créer une source de contentieux supplémentaire, permettant des oppositions infondées de la part de l'un ou l'autre parent.

La crainte exprimée à plusieurs reprises est que cette disposition n'offre à chaque parent la possibilité de disposer d'un droit de veto – éventuellement abusif – sur l'organisation des déplacements de l'enfant avec l'autre, alors qu'il s'agit le plus souvent pour l'enfant, soit de partir en vacances avec l'un de ses parents, soit de conserver des liens avec une partie de sa famille élargie résidant à l'étranger. En outre, cet article obligerait à l'avenir le juge aux affaires familiales à statuer, le cas échéant, sur le caractère abusif ou non du refus de l'autre parent.

En définitive, certains estiment que pour un enfant menacé d'enlèvement international qui sera éventuellement protégé par le nouveau texte, il se trouvera de nombreux parents gênés par l'obligation de participer ensemble aux démarches nécessaires à la délivrance d'une simple carte d'identité indispensable pour les voyages scolaires de fin d'année. C'est pourquoi, si cette mesure devait être retenue, il conviendrait alors de prévoir un délai de réponse pour que soit recueilli l'accord de chaque parent pour la délivrance d'un titre d'identité ou de voyage. À l'expiration de ce délai, le silence de l'un des parents vaudrait accord tacite et il pourrait alors être procédé à la production des titres demandés.

c) La clarification du mécanisme d'interdiction de sortie du territoire français de l'enfant

L'inscription de la mesure d'interdiction sur le passeport de l'un des parents étant privée de toute effectivité depuis que le mineur doit avoir son propre passeport, l'avant-projet de loi prévoit de modifier l'alinéa 3 de l'article 373-2-6 du code civil. Le juge aux affaires familiales pourra ordonner une mesure d'interdiction générale de sortie du territoire du mineur sans l'autorisation des deux parents pour une durée maximale de deux ans : *« Il peut également ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. La durée de cette mesure doit être déterminée par le juge et ne saurait excéder deux ans. Elle est inscrite au fichier des personnes recherchées à l'initiative du parent le plus diligent »*.

Par ailleurs, en cas d'urgence, un nouveau mécanisme permettrait au parent qui craint un déplacement imminent de son enfant de saisir le procureur de la République afin que celui-ci puisse faire inscrire, sans délai, une mesure d'interdiction provisoire de sortie du territoire au fichier des personnes recherchées et saisir parallèlement le juge aux affaires familiales. Un quatrième alinéa serait ajouté en ce sens à l'article 373-2-6 du code civil : *« En cas d'urgence, le procureur de la République peut ordonner à titre provisoire l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. Il fait inscrire sans délai cette mesure au fichier des personnes*

recherchées. Il saisit dans les trois jours le juge aux affaires familiales afin que celui-ci statue sur le fondement des dispositions de l'alinéa précédent. Le juge se prononce dans le délai d'un mois à compter de sa saisine, faute de quoi la mesure ordonnée à titre provisoire par le procureur de la République est caduque. La décision du juge est communiquée sans délai au procureur de la République, qui fait radier l'interdiction ordonnée à titre provisoire et le cas échéant, inscrire l'interdiction ordonnée par le juge ».

Ces dispositions visent à rendre plus effective la lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants, notamment ceux nés de couples binationaux. Cependant comme on l'a vu, avec l'espace Schengen, l'interdiction de sortie du territoire peut aujourd'hui être facilement contournée, l'enfant quittant le territoire français *via* un Etat tiers, lui-même membre de l'Espace Schengen. Demeurera en outre l'écueil du passeport étranger : en effet, le juge aux affaires familiales ne peut en aucun cas exiger l'inscription d'une interdiction de sortie du territoire français sur un passeport étranger.

3. La définition proposée des actes importants peut être retenue plus dans un souci pédagogique que véritablement juridique

Malgré ces limites, l'avant-projet de loi a le mérite de délimiter les actes importants qui ne peuvent être exercés que d'un commun accord et auxquels les beaux-parents ne peuvent être associés que par la volonté des deux parents.

- *Un souci louable de clarifier le débat sur les actes usuels et importants*

La distinction essentiellement pédagogique, opérée par l'avant-projet de loi entre actes usuels et actes importants, permet de définir la liste des actes qu'un parent peut exercer seul, en application de l'article 372-2 du code civil, et, par soustraction, de savoir quels actes doivent obligatoirement être accomplis par les deux parents ensemble. Jusqu'à présent, le seul embryon de classification résultait de l'article 389-4 du même code relatif à l'administration légale, qui donne pouvoir à chaque parent pour faire les actes « *pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation* ».

Or plusieurs affaires récentes ont également montré quelques hésitations jurisprudentielles, reflétant par là même les difficultés de cette distinction. Ainsi, la circoncision en constitue un bon exemple : si la circoncision rituelle pratiquée dans les religions juive et musulmane est considérée par la jurisprudence comme un acte important, dans la mesure où elle constitue un signe d'appartenance religieuse ainsi que le choix d'une religion pour l'enfant de manière générale, la circoncision médicalement nécessaire est en revanche considérée comme un acte usuel.

Au-delà de la constante approximation qu'imposent la diversité des situations et l'intimité de la vie familiale, l'avant-projet de loi a donc l'avantage de clarifier le débat en posant une règle générale, assortie d'une disposition

particulière. La règle générale serait posée à l'article 372-2 nouveau, aux termes duquel « *sont réputés (actes importants) les actes qui engagent l'avenir de l'enfant et qui touchent à ses droits fondamentaux* ». La mesure particulière serait celle de l'article 372-3, imposant l'autorisation des deux parents pour la délivrance d'un « *titre d'identité ou de voyage* ». Certaines associations familiales ont souscrit à la clarification ainsi opérée. L'Union nationale des associations familiales (UNAF) ⁽¹⁾ apprécie que l'article premier de l'avant-projet de loi définisse, d'une part, dans le code civil, les actes importants ⁽²⁾ et qu'il rappelle explicitement, d'autre part, que l'accord des parents est requis pour effectuer de tels actes ⁽³⁾.

Par ailleurs, l'auteur du présent rapport considère que l'un des domaines dans lequel la médiation trouverait utilement à s'appliquer est celui de la prévention du contentieux lié à la détermination des actes usuels et importants. Ne peut-on pas considérer en effet qu'entre les problèmes posés par l'inscription d'un enfant dans une école confessionnelle et une intervention médicale bénigne, il y a un espace que pourrait occuper utilement la médiation en amont du juge ? Confier cette mission à la médiation familiale offrirait le double avantage, d'une part, de désengorger la justice et, d'autre part, de définir des solutions souples et pragmatiques adaptées à chaque famille. Le médiateur familial, tiers indépendant et impartial, est le mieux à même de pacifier et d'arbitrer, en fonction de chaque situation familiale, les conflits liés à la définition de ces actes usuels et importants.

- *Une réforme de l'interdiction de sortie du territoire plutôt bien accueillie*

Si le mécanisme d'interdiction de sortie du territoire de l'enfant mineur, proposé par l'avant-projet de loi ne résoudra pas pour autant toutes les difficultés, il a été plutôt bien accueilli.

Ainsi, M. Laurent Gebler ⁽⁴⁾ a tenu à souligner que « *l'idée de ne plus faire du passeport (que ce soit celui de l'enfant ou du parent), mais du fichier des personnes recherchées le vecteur d'éventuelles interdictions de sortie du territoire nous semble excellente* ». En effet, le dispositif actuel d'inscription sur le passeport parental de l'interdiction de sortie du territoire est privé de toute effectivité, depuis que le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques, prévoit que le mineur doit avoir son propre passeport.

En outre, le magistrat a estimé que « *la proposition d'un dispositif permettant au Procureur en cas d'urgence et au juge aux affaires familiales à plus long terme d'ordonner l'inscription de l'interdiction de sortie du territoire français d'un enfant sans l'accord des deux parents semble tout à fait pertinente et, en tout cas, beaucoup plus efficiente* ». En effet, actuellement, en cas

(1) Audition du jeudi 4 juin 2009.

(2) Article premier de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers : « Sont réputés tels les actes qui engagent l'avenir de l'enfant ou qui touchent à ses droits fondamentaux ».

(3) Article premier de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers : « L'accord des parents est requis pour effectuer les actes importants de l'autorité parentale ».

(4) Audition du mercredi 20 mai 2009.

d'urgence, un des parents peut demander auprès de la préfecture l'inscription administrative de sortie de territoire de l'enfant mineur⁽¹⁾, avec toutefois un écueil majeur : la demande peut être faite auprès de la préfecture par un seul parent et ce sans que celui-ci ait besoin de motiver sa demande.

Les associations familiales, à l'instar de l'UNAF, ont également salué ce renforcement du mécanisme d'interdiction de sortie du territoire des enfants mineurs : « *le dispositif destiné à prévenir les déplacements illicites d'enfants, avec la création d'une procédure d'urgence, [...] va dans le bon sens d'une protection de la coparentalité* ».

Pour ces raisons, l'avant-projet de loi, en clarifiant le mécanisme d'interdiction de sortie du territoire français sans l'accord de ses deux parents, pourrait permettre d'intervenir en amont des déplacements illicites d'enfants.

- *Une astreinte simplifiée pour renforcer l'effectivité des décisions du juge aux affaires familiales*

La réforme de l'interdiction de sortie du territoire, qui entend donner au Procureur ainsi qu'au juge aux affaires familiales plus de pouvoirs pour lutter contre les déplacements illicites d'enfants, s'inscrit dans une démarche plus générale consistant à renforcer l'effectivité des décisions rendues par le juge en matière familiale.

À cette fin, l'avant-projet de loi envisage dans son article 3 de permettre au juge aux affaires familiales d'assortir ses décisions – en cas de non-représentation d'enfants, par exemple – d'une astreinte et de procéder lui-même à la liquidation de celle-ci, évitant ainsi aux avocats d'avoir à saisir le juge de l'exécution. Le deuxième alinéa de l'article 373-2-6 du code civil serait ainsi complété : « *Par dérogation aux dispositions des articles 33 à 35 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, seul le juge aux affaires familiales est compétent pour assortir la décision qu'il a rendue d'une astreinte. L'astreinte prononcée par le juge aux affaires familiales est toujours liquidée par celui-ci* ».

Cette possibilité donnée au juge aux affaires familiales de liquider lui-même l'astreinte, n'obligeant ainsi plus les parties à saisir le juge de l'exécution, participe d'un souci louable de simplification et d'allègement de la procédure, qui, selon Mme Marie-Catherine Gaffinel, juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de Paris, « *est une bonne chose* ». En outre, certains praticiens auditionnés ont indiqué que les sanctions civiles étaient particulièrement utiles lorsque l'un des parents, en cas de séparation ou de divorce, ne respectait pas la loi : ainsi, lorsque le juge aux affaires familiales statuera sur l'exercice de l'autorité parentale, il disposera d'un pouvoir de sanction dissuasif, lui permettant notamment de tenir compte de la manière dont chaque parent respecte l'exercice de l'autorité parentale.

(1) *Valable deux mois.*

Il convient toutefois de ne pas négliger les risques dont est porteuse une telle proposition. En effet, cette possibilité offerte au juge aux affaires familiales pourrait rencontrer un grand succès, avec une demande systématique de la part des requérants, alors même qu'il existe déjà un large éventail de sanctions pénales (amendes, peines de prison...), notamment pour les situations les plus graves. Ainsi, le parent qui refuse de restituer l'enfant à la fin des vacances ou des week-ends est passible d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (article 227-5 du code pénal). De la même manière, il peut être condamné aux mêmes peines pour soustraction de mineur (article 227-7 du code pénal). C'est d'ailleurs l'existence de ces sanctions pénales qui explique que, dans la pratique, les juges aux affaires familiales ne recourent que très rarement à la possibilité qui prévaut depuis la loi précitée du 9 juillet 1991 de prononcer des astreintes.

Par ailleurs, la liquidation de l'astreinte par le parent qui n'a pas appliqué la décision du juge aux affaires familiales pourrait générer un important contentieux à caractère financier autour de la personne de l'enfant, alors même que la séparation des parents revêt le plus souvent un caractère conflictuel pour des motifs financiers (pensions alimentaires...). Cependant la proposition de l'avant-projet de loi, consistant à permettre au juge aux affaires familiales de liquider lui-même les astreintes qu'ils prononcent, semble devoir être conservée. En effet, l'usage plus que modéré dont il est actuellement fait de cette procédure en matière familiale laisse à penser que les risques potentiels, dont cette réforme est porteuse, pourraient ne pas se matérialiser dans les faits.

B. CLARIFIER L'ASSOCIATION D'UN TIERS À L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Dans son souci de faciliter la vie des familles recomposées ou monoparentales, l'avant-projet de loi s'attache également, par-delà la clarification du régime des actes usuels et importants, à circonscrire l'association d'un tiers à l'exercice de l'autorité parentale, en réformant en profondeur la procédure de délégation-partage de l'autorité parentale, régie actuellement par les articles 377 et 377-1 du code civil.

Contrairement à ce qui a pu être régulièrement affirmé, l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers ne crée aucun statut juridique du beau-parent. D'ailleurs, en France, le beau-parent n'a en principe aucun droit ni aucun devoir envers l'enfant du conjoint ou de la personne avec laquelle il vit. Toutefois, rappelons-le, deux dispositions du code civil lui permettent aujourd'hui l'une d'exercer, totalement ou partiellement, l'autorité parentale sur cet enfant et l'autre de partager l'exercice de l'autorité parentale avec l'un des deux parents, voire avec les deux. Ces mesures ne sont pas réservées au beau-parent et peuvent donc être mises en œuvre au bénéfice d'autres tiers (oncles, tantes, grands-parents, etc.). Dans tous les cas, une décision du juge aux affaires familiales, qui ne peut être saisie que par le ou les parents détenteurs de l'autorité parentale, est nécessaire.

Ainsi, ce texte, loin de bouleverser l'équilibre parental au sein des familles, se propose de mieux distinguer les deux hypothèses, en instituant deux procédures distinctes : la délégation et le partage de l'autorité parentale.

1. La pratique de la délégation et de la délégation-partage de l'autorité parentale

a) La délégation classique, un transfert de l'autorité parentale

- *Les conditions de sa mise en œuvre*

La délégation classique de l'autorité parentale, visée à l'article 377, alinéa 1 du code civil, est volontaire car consentie par les titulaires de l'autorité parentale. Ses conditions de mise en œuvre ont été considérablement assouplies par la loi du 4 mars 2002 : elle peut être prononcée quel que soit l'âge du mineur, alors que la loi du 4 juin 1970 avait fixé la limite d'âge à dix-huit ans et celle du 5 juillet 1974 à seize ans.

Seuls les parents, ensemble ou séparément, peuvent demander au juge aux affaires familiales d'accorder la mesure de délégation, le tuteur ayant perdu cette prérogative. Cela ne signifie pas que l'un des parents puisse évincer l'autre parent au profit de son nouveau partenaire : dans le cas d'un exercice conjoint de l'autorité parentale, les deux parents doivent consentir à la délégation ⁽¹⁾.

En revanche, s'il y a exercice unilatéral de l'autorité parentale, le parent peut tout à fait consentir seul à être dépossédé de tout ou partie de son autorité. L'autre parent devra alors être informé en application de son droit de surveillance. Il faut enfin rappeler que les parents ne peuvent demander de délégation que « *lorsque les circonstances l'exigent* » et non à leur simple convenance ⁽²⁾.

En raison de la prohibition des cessions d'autorité parentales, la délégation ne peut intervenir que sur validation du juge aux affaires familiales. Quant au délégataire, il pourra s'agir d'un tiers, membre de la famille ou proche de confiance, d'un établissement agréé pour le recueil des enfants ou d'un service départemental de l'aide sociale à l'enfance, acceptant de s'occuper de l'enfant. Il convient également de noter que l'article 377 du code civil sous l'empire de la loi du 8 janvier 1993 faisait déjà référence à un « *particulier digne de confiance* » en opposition aux services administratifs : cette référence, tant sous l'ancienne loi que sous celle du 4 mars 2002, se trouve en tête de l'énumération.

(1) CA Paris, 05 mars 1968, JCP G II 15639.

(2) TCI Versailles, JAF, 06 avril 2004, Juris-Data n° 2004-247619 : « la délégation d'autorité parentale a été instituée par les articles 376 et 377 du code civil pour les seuls cas où les circonstances l'exigent et dans l'intérêt de l'enfant : elle n'est pas à la disposition des parents ». *En l'espèce, un couple divorçait et se proposait, du seul fait du divorce, de confier les enfants au demi-frère de l'époux. Le tribunal refuse la délégation en rappelant son caractère d'ordre public et la survie de l'autorité parentale sur le couple conjugal.*

- *Ses effets : un transfert total ou partiel d'autorité parentale*

En cas de délégation de l'autorité parentale, les parents demeurent titulaires de l'autorité parentale mais sont dépossédés de son exercice au profit d'un tiers. Eux seuls pourront consentir à une adoption ou verser une contribution financière compensant les frais de l'enfant. Ils bénéficient en outre d'un droit de visite et d'hébergement, qu'ils peuvent définir pour les autres membres de la famille si la délégation est partielle ; c'est le délégataire qui y procédera en cas de délégation totale.

Que la délégation soit de droit interne ou consécutive à une *Kafala* musulmane, les juges considèrent que « *l'intérêt de l'enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui a reçu du juge la délégation de l'autorité parentale* »⁽¹⁾, la mesure étant profondément liée à la proximité de vie avec l'enfant. Le prononcé étant temporaire, ils pourront retrouver leurs prérogatives (article 372-2, alinéa 1, du code civil).

La délégation peut donc être totale ou partielle : il revient aux intéressés d'en déterminer les modalités au regard de leur situation familiale. Par exemple, la délégation de l'autorité parentale peut être attribuée pour « *les actes de la vie courante, les formalités administratives et la gestion du patrimoine de l'enfant* »⁽²⁾. Son caractère partiel répond davantage à l'idée de gestion de la cellule familiale. Le délégataire ne peut exercer que les droits qui lui ont été transmis par jugement, par exemple ceux répondant aux besoins de l'enfant : actes usuels relatifs à l'éducation, ou à la surveillance, autorisation d'un acte chirurgical, droit de consentir au mariage, à l'émancipation, garde de l'enfant...⁽³⁾

b) La délégation-partage : un partage sans dépossession de l'autorité parentale

- *Les conditions de sa mise en œuvre*

Au sein de la procédure de délégation classique, qui implique le transfert total ou partiel de l'autorité parentale (article 377, alinéa 1, code civil), la loi du 4 mars 2002 a institué une mesure plus souple de délégation-partage ou de « *délégation et partage de l'autorité parentale* »⁽⁴⁾, permettant un partage égal et concomitant des pouvoirs des attributs de l'autorité parentale.

Ainsi, le jugement de délégation de l'autorité parentale peut prévoir que les père et mère ou l'un d'eux – selon les modalités initiales d'exercice, à savoir conjoint ou unilatéral – partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire, sans en être dépossédés, dans le cadre juridique d'une autorité partagée.

(1) CE, sous section 2, 28 décembre 2007, Belbaz, n° 304202, n° de rôle 07759, Inédit ; CE, formation des référés, 27 mai 2005, n° 280612, Mernissi, numéro JurisData 2005-068567.

(2) CA Lyon, chambre civile 2, section A, 16 novembre 2004, n° JurisData 2004-267411.

(3) CE, sous section 7, 29 février 2008, n° 290871, Kabbar, n° JurisData 2008-073240.

(4) CA de Nîmes, chambre civile 2, section C, 15 juin 2005, n° JurisData 2005-282297.

La Cour d'appel d'Angers, dans une décision du 11 juin 2004, distingue les fondements de cette délégation de ceux de la délégation classique. Le critère de l'incapacité temporaire à exercer l'autorité parentale ne joue pas ici, seule la volonté de partage importe ⁽¹⁾. Il ne s'agit pas toutefois d'un démembrement laissé au bon vouloir des parties : cette délégation ne peut se faire que « *pour les besoins d'éducation de l'enfant* ». La notion est vaste, sans doute est-il possible d'y inclure les actes relatifs à la surveillance de l'enfant en tant qu'expression de l'éducation, compris dans la présomption d'accord de l'article 372-2 du code civil : préparation et/ou contrôle des déplacements de l'enfant, des soins à lui apporter, de son hygiène, de son comportement...

- *Ses effets : le partage sans dépossession*

La délégation-partage de l'autorité parentale emporte plusieurs conséquences.

En premier lieu, la présomption d'accord de l'article 372-2 du code civil est applicable aux actes des délégants et du délégataire. Ainsi, à l'égard des tiers de bonne foi, chacun est réputé agir avec l'accord des autres, parent et délégataire, lorsqu'il accomplit seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant (par exemple la poursuite d'activités telles le déjeuner à la cantine, la pratique d'un sport, le contrôle dentaire régulier).

En deuxième lieu, ni la loi ni la jurisprudence ne précisent l'étendue de cette délégation-partage : les modalités du partage sont à définir entre les parties. La première chambre civile de la Cour de cassation n'a pas imposé au juge de définir dans l'acte de jugement les attributs devant être partagés partiellement ⁽²⁾, ce qui a suscité de vives critiques.

Enfin, la délégation-partage permet l'organisation des rapports entre l'enfant et le couple après la séparation pour les unions hors mariage, particulièrement PACS et concubinage (y compris concubinage homosexuel). Le tribunal de grande instance de Lille a ainsi prononcé une délégation-partage au profit de l'ex concubine de la mère, « *la bonne entente des anciennes compagnes à propos de l'enfant dont elles se partagent les frais d'éducation et d'entretien étant établie et les intéressées étant convenues d'une résidence alternée dont l'existence même nécessitait la possibilité de prendre les décisions relatives à l'enfant* » ⁽³⁾.

En cas de conflit ou de concurrence entre les parties, le dernier alinéa de l'article 377-1 du code civil prévoit le recours au juge ⁽⁴⁾ : « *Le juge peut être saisi*

(1) CA d'Angers, 11 juin 2004 : « La délégation volontaire n'est subordonnée qu'au contrôle, par le juge, de l'équilibre entre le principe de l'indisponibilité que rappelle l'article 376 du code civil et ce que commande l'intérêt de l'enfant ».

(2) Cour de cassation, civile 1, 24 février 2006, JurisData n° 2006-032294.

(3) TGI de Lille, 18 décembre 2007, n° JurisData 2007-355272.

(4) Les parties sont en principe dispensées du ministère d'avocat et agissent sur requête (article 1203 du code de procédure civile), ce qui doit inciter les intéressés à agir.

des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le délégataire ou le ministère public ». Il est cependant raisonnable de penser que le recours à cette délégation présuppose une entente relative des principaux intéressés, dans la mesure où chacun doit y consentir : « *Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale* » (article 377-1 du code civil), rendant le recours au juge plus hypothétique.

En définitive, la formule de la délégation-partage, délégation considérée comme volontaire, présente une grande souplesse par rapport aux autres mécanismes : non seulement chaque parent reste titulaire de l'autorité parentale et en conserve l'exercice mais le tiers délégataire dispose d'un titre opposable aux tiers et voit ainsi reconnaître son rôle.

LA PROCÉDURE DE DÉLÉGATION ET DE PARTAGE DE L'AUTORITÉ PARENTALE ISSUE DE LA LOI DU 4 MARS 2002 RELATIVE A L'AUTORITÉ PARENTALE

	LOI N° 2002-305 DU 4 MARS 2002 RELATIVE A L'AUTORITE PARENTALE	
	<i>Délégation sans partage de l'autorité parentale</i>	<i>Délégation avec partage de l'autorité parentale</i>
Modalités du prononcé de la mesure	- Saisine du JAF par les père et mère, ensemble ou séparément ;	- Saisine du JAF par le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale qui a recueilli l'enfant ;
Conditions de recevabilité de la mesure	- « <i>Lorsque les circonstances l'exigent</i> » en cas de saisine du JAF par les père et mère ; - Les deux parents doivent être appelés à l'instance.	- « <i>En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'incompatibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale</i> » en cas de saisine du JAF par le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale qui a recueilli l'enfant ; - Les deux parents doivent être appelés à l'instance.
Conséquences du prononcé de la mesure	- Délégation totale ou partielle de l'autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance ; - Le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un deux, partageront tout ou partie de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale.	- Délégation totale ou partielle de l'autorité parentale au particulier, à l'établissement ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ; - Le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un deux, partageront tout ou partie de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale.
Modalités de fin de la mesure	Fin ou transfert prononcé par un nouveau jugement, « <i>s'il est justifié de circonstances nouvelles</i> ».	

c) Délégation et délégation-partage : des mesures rarement mises en œuvre

Cependant, qu'il s'agisse de la délégation classique ou de la délégation-partage, ni l'une ni l'autre n'ont rencontré un vif succès auprès des familles. En

effet, les statistiques du ministère de la justice permettent de dresser un double constat.

D'une part, les demandes de délégation (classique ou avec partage) et de restitution de l'autorité parentale sont extrêmement faibles au regard du nombre total d'affaires civiles relatives à l'autorité parentale et au droit de visite jugées chaque année par les juridictions familiales. En effet, les demandes de délégation et de restitution de l'autorité parentale représentent à peine plus de 3 % des affaires civiles touchant à l'autorité parentale et au droit de visite.

D'autre part, aucune évolution notable ne peut être observée depuis 2003 : le nombre de demande de délégation et de restitution de l'autorité parentale n'a connu aucune diminution, ni aucune augmentation significative, attestant ainsi d'une demande stable et marginale.

Ce double enseignement a également été conforté tout au long des auditions par les professionnels rencontrés. En 2008, la chambre de la famille du tribunal de grande instance de Nanterre a rendu 55 jugements de délégation (soit 6 à 8 dossiers par mois) sur les 7 460 décisions rendues au fond (soit moins de 0,01 %). Sur ces 55 jugements de délégation, seuls trois comprenaient également un partage de l'autorité parentale. M. Laurent Gebler⁽¹⁾, juge aux affaires familiales et vice-président du tribunal de grande instance de Libourne, a dressé le même constat dans sa juridiction : « *la procédure de délégation-partage de l'article 377-1 est quasiment inconnue des tribunaux de la famille* », le tribunal de grande instance de Libourne n'ayant enregistré aucune procédure de ce genre ces cinq dernières années.

En définitive, le plus souvent méconnue des requérants dans sa version actuelle, l'actuelle procédure de délégation, avec éventuel partage de l'autorité parentale, reste très rarement demandée aux juges aux affaires familiales, pour qui sa mise en œuvre ne pose au demeurant aucune difficulté particulière.

NOMBRE D'AFFAIRES JUGÉES PAR LES JURIDICTIONS FAMILIALES ENTRE 2003 ET 2006 SUR LES DEMANDES DE DÉLÉGATION ET DE RESTITUTION DE L'AUTORITÉ PARENTALE

	2003		2004		2005		2006	
	Nombre d'affaires	En %	Nombre d'affaires	En %	Nombre d'affaires	En %	Nombre d'affaires	En %
Autorité parentale et droit de visite	106 352	100 %	104 605	100 %	108 581	100 %	112 820	100 %
Dont : demande de délégation, de restitution de l'autorité parentale	3 407	3,2 %	3 495	3,3 %	3 668	3,4 %	3 530	3,1 %

Source : *Annuaire statistique de la Justice, édition 2008.*

(1) *Audition du mercredi 20 mai 2009.*

2. Délégation et partage : la mise en place de deux procédures distinctes

« Il est vrai que le dispositif actuel est devenu bâtarde, la délégation d'autorité parentale étant devenue selon les circonstances tantôt un mode d'organisation de la vie de l'enfant à l'initiative des parents, lorsqu'elle aboutit à un partage d'autorité parentale entre le délégant et le délégataire, tantôt la sanction d'un « désintérêt manifeste » (code civil, article 377, alinéa 2), ou encore une manière de confier l'enfant à une personne autre que son parent survivant »⁽¹⁾.

Afin d'y remédier, l'avant-projet se propose de distinguer clairement les deux hypothèses, en instituant deux procédures distinctes : délégation et partage de l'autorité parentale. Selon les circonstances, un parent pourra donc partager l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers, ou le déléguer en tout ou partie. Dans le premier cas, il n'abdiquera aucun de ses droits ; dans le second, il y renoncera en tout ou partie.

En cas de partage, il soumettra au juge aux affaires familiales une convention que celui-ci homologuera si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant et si le consentement du parent a été donné librement.

En cas de délégation, il saisira le juge aux affaires familiales d'une demande qui statuera en fonction des circonstances. La procédure de délégation, telle qu'elle est envisagée par l'avant-projet de loi, prévoit la possibilité pour le tiers d'agir en justice en cas de décès du parent pour se voir déléguer l'autorité parentale à la double condition que ce tiers ait résidé avec l'enfant et l'un de ses parents et qu'il ait noué des liens affectifs étroits avec lui.

(1) Mme Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Du « statut du beau-parent » aux « droits des tiers » : réflexions critiques sur un texte controversé, *Revue Lamy Droit civil*, n° 60, mai 2009, p. 57.

LA PROCÉDURE DE DÉLÉGATION ET DE PARTAGE DE L'AUTORITÉ PARENTALE DANS L'AVANT-PROJET DE LOI SUR L'AUTORITÉ PARENTALE ET LES DROITS DES TIERS

AVANT-PROJET DE LOI SUR L'AUTORITÉ PARENTALE ET LES DROITS DES TIERS			
<i>Délégation d'autorité parentale</i>			<i>Partage de l'autorité parentale</i>
<p>- Saisine du JAF par les père et mère, ensemble ou séparément ;</p>	<p>- Saisine du JAF par le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale qui a recueilli l'enfant ;</p>	<p>- Saisine du JAF par le tiers qui réside avec l'enfant et l'un de ses parents et qui a noué des liens affectifs étroits avec lui.</p>	<p>- convention homologuée par le JAF sur demande des parents qui exercent conjointement l'autorité parentale ou du parent qui exerce seul l'autorité parentale.</p> <p>- Saisine du JAF par l'un des parents qui exerce l'autorité parentale afin de statuer sur le partage de cette autorité. L'accord de l'autre parent est requis en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale.</p>
<p>- « <i>Lorsque les circonstances l'exigent</i> » en cas de saisine du JAF par les père et mère ;</p> <p>- Le ou les parents doivent être appelés à l'instance.</p>	<p>- « <i>En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'incompatibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale</i> » en cas de saisine du JAF par le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale qui a recueilli l'enfant ;</p> <p>- Le ou les parents doivent être appelés à l'instance.</p>	<p>- « <i>Lorsque les circonstances l'exigent [...] en cas de décès de ce parent ou si ce dernier est hors d'état de manifester sa volonté</i> » en cas de saisine du JAF par le tiers qui réside avec l'enfant et l'un de ses parents et qui a noué des liens affectifs étroits avec lui ;</p> <p>- Le ou les parents doivent être appelés à l'instance.</p>	<p>- Pour être homologuée par le JAF, la convention doit être « <i>conforme à l'intérêt de l'enfant</i> » ;</p> <p>- Le consentement du ou des parents doit être donné librement.</p>
<p>- Délégation totale ou partielle de l'autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance ;</p>	<p>- Délégation totale ou partielle de l'autorité parentale au particulier, à l'établissement ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ;</p>	<p>- Délégation totale ou partielle de l'autorité parentale au tiers qui réside avec l'enfant et l'un de ses parents et qui a noué des liens affectifs étroits, en cas de décès de ce parent ou si ce dernier est hors d'état de manifester sa volonté.</p>	<p>- Les parents organisent, par la convention homologuée par le JAF, le partage de tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec un tiers, qui n'est pas défini dans l'avant-projet de loi ;</p> <p>- Le ou les parents, le tiers ou le ministère public peuvent saisir le JAF en cas de difficultés dans l'exercice partagé de l'autorité parentale.</p>
<p>Fin ou transfert prononcé par un nouveau jugement, « <i>s'il est justifié de circonstances nouvelles</i> ».</p>			<p>Fin actée par une nouvelle convention homologuée par le juge ou un jugement, « <i>s'il est justifié de circonstances nouvelles</i> ».</p>

3. Le partage par simple convention homologuée par le juge : des risques non négligeables

L'article 8 de l'avant-projet de loi prévoit le partage de l'autorité parentale par simple convention homologuée par le juge aux affaires familiales sur demande :

- des parents qui exercent conjointement l'autorité parentale ;
- du parent qui exerce seul l'autorité parentale.

Le principe d'une convention homologuée ne pose *a priori* aucune difficulté lorsqu'un seul parent exerce l'autorité parentale, l'autre parent étant décédé ou défaillant.

En revanche, lorsque les deux parents exercent conjointement l'autorité parentale, la convention homologuée par le JAF en matière de partage de l'autorité parentale comporte des risques.

a) La convention : un outil en partie inadapté aux séparations familiales

La convention est adaptée à des parents qui s'entendent bien. Or, dans l'hypothèse d'un partage de l'autorité parentale avec un tiers intervenant lorsque le couple parental se sépare, il est improbable qu'il y ait entente et accord entre les parents pour signer une convention permettant de partager leur autorité parentale avec un tiers. La convention, par l'entente et l'accord qu'elle suppose, convient davantage à des couples qui ont intérêt à s'entendre pour partager l'autorité parentale, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, lorsque par exemple ces derniers recourent à une tierce personne pour la fécondation. D'ailleurs ce n'est pas un hasard si les associations d'homosexuels auditionnées se sont montrées très attachées à cet article. En outre, dans la mesure où le partage de l'autorité parentale par convention repose sur l'assentiment de toutes les parties (père, mère et tiers), il est fort à parier que, lorsque celles-ci parviennent à s'entendre d'un commun accord sur des modalités partagées d'éducation de l'enfant, elles ne voient pas l'intérêt de recourir à une convention, homologuée ultérieurement par le juge.

b) Des conditions de mise en œuvre trop imprécises

En modifiant les conditions de mise en œuvre du partage de l'autorité parentale, l'avant-projet de loi amorce une évolution sensible qu'il convient de souligner : alors qu'actuellement, le partage de l'autorité parentale ne peut être prononcé par le juge que s'il est justifié par « *les besoins d'éducation de l'enfant* », cette exigence disparaîtrait, ce qui ne laisse pas d'inquiéter. En effet, nombre de personnes et d'associations rencontrées, à l'instar du Collectif pour l'enfant, y voient une banalisation du partage de l'autorité parentale, potentiellement préjudiciable à l'enfant, dans la mesure où l'intervention d'un

tiers, par définition, non parent, dans l'exercice de l'autorité parentale, est une mesure grave pour l'enfant et son équilibre psychologique. En outre, si elle n'est plus justifiée par « *les besoins d'éducation de l'enfant* », une telle association du tiers pourra très facilement être vécue par l'enfant comme un désengagement de ses parents à son égard et/ou instituera une concurrence avec l'autre parent chez lequel l'enfant ne réside pas l'enfant⁽¹⁾.

En outre, à l'absence de critères pour partager *ab initio* l'autorité parentale par convention vient s'ajouter le problème de l'éventuelle dénonciation de la convention qui a présidé au partage de l'autorité parentale. En effet, comme l'a très justement relevé le professeur Yves Lequette⁽²⁾, il est fort à craindre que « *les couples recomposés ne soient pas plus stables que le couple qui a donné naissance à l'enfant, en sorte que celui-ci risque de devenir l'enjeu de la rupture intervenant entre le parent et le compagnon ou le nouveau conjoint avec lequel l'autorité parentale a été partagée* ». Pour y remédier, l'avant-projet de loi prévoit, dans son article 8, que le « *partage pourra, dans tous les cas, prendre fin par une convention homologuée par le juge ou un jugement* ». Or, si l'accord des parents et du tiers est concevable au départ pour s'entendre sur les modalités de partage de l'autorité parentale, il risque en revanche d'être difficile à obtenir pour dénouer ce partage, les intéressés se trouvant alors dans une situation de rupture et de crise. Souscrivant à l'analyse faite par le professeur Yves Lequette, l'auteur du présent rapport craint qu' « *il faudra fréquemment avoir recours au juge et que l'enfant risque ainsi d'être, juridiquement, directement mêlé aux ruptures sentimentales que pourra connaître chacun de ses parents au cours de sa vie, voire même d'en devenir l'enjeu* ».

c) Le risque d'une insuffisante prise en compte de l'intérêt de l'enfant

Le partage de l'autorité parentale par simple convention pâtit, pour nombre de praticiens rencontrés, d'un manque de garanties procédurales. En effet, en recourant à une convention rédigée à leur seule initiative, les parents pourraient librement s'entendre avec un tiers, au détriment de l'intérêt de l'enfant. La simple homologation de la convention par le juge, quant à elle, risquerait en fait de n'être qu'une simple validation de celle-ci par le juge *a posteriori*. Or, comme l'a souligné la Fédération protestante de France, dans sa contribution écrite en date du 29 juin 2009, le partage de l'autorité parentale par simple convention homologuée par le juge « *laisse perplexe lorsqu'on sait, qu'en pratique, le contrôle du juge aux affaires familiales, en matière d'homologation de la convention de divorce est particulièrement restreint et que, bien souvent, le consentement de la partie la plus vulnérable n'a été donné que sous la pression de l'autre* ».

(1) Aude MIRKOVIC, Statut du « beau-parent » : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible, *Droit de la famille*, Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur, juillet-août 2009, p. 15-17.

(2) Audition du jeudi 2 juillet 2009.

d) Le risque d'une dilution de l'autorité parentale

Enfin, le partage de l'autorité parentale par convention homologuée par le juge aux affaires familiales sur demande des parents qui exercent conjointement l'autorité parentale risque de favoriser la multiplication des intervenants successifs dans l'exercice de l'autorité parentale et *de facto* de multiplier les occasions de conflits, dont l'enfant serait le premier à en souffrir. Comme l'a souligné le professeur Yves Lequette⁽¹⁾, « *il est à craindre que, pour les familles recomposées, cette disposition aboutisse à terme à une multiplication des situations où les parents séparés partagent, l'un et l'autre, l'autorité parentale avec leur nouveau conjoint ou leur compagnon respectif. Serait ainsi remise en cause l'idée d'une coparentalité qui veut que le couple parental survive à sa séparation. En outre, la multiplication de ces situations risquerait de brouiller gravement les repères des enfants. Mais surtout, il est à craindre que les couples recomposés ne soient pas plus stables que le couple qui a donné naissance à l'enfant, de sorte que celui-ci risque de devenir l'enjeu de la rupture intervenant entre le parent et le compagnon ou le nouveau conjoint avec lequel l'autorité parentale a été partagée* ».

Or, selon les pédopsychiatres, favoriser l'intervention de tiers successifs dans l'exercice de l'autorité parentale participe d'une vision purement sociologique de la famille dont l'écueil principal réside dans l'homogénéisation de toutes les places qu'elle opère aux yeux de l'enfant, à la fois symboliquement et psychiquement, tout un chacun partageant la fonction parentale.

Alors même que l'enfant a besoin de se situer dans une filiation, l'enfant risque d'être élevé dans l'indifférenciation entre parents et tiers, c'est-à-dire dans une absence complète de continuité généalogique. Selon M. Christian Flavigny⁽²⁾, pédopsychiatre, serait ainsi favorisée « *une approche superficielle, éducative, de la vie familiale : la spécificité de la place des parents n'y est pas engagée. La relation d'un adulte à un enfant, sans autre spécificité, l'emporterait alors sur la relation d'un parent à son enfant (des parents à leurs enfants)* ». Cette préoccupation est également partagée par l'UNAF, qui considère que « *ni le phénomène des familles recomposées, ni l'existence de foyers monoparentaux ne doivent conduire à désorganiser la filiation, à affaiblir les principes juridiques de son établissement, à introduire le trouble et l'ambiguïté dans l'identification de ses parents par l'enfant* »⁽³⁾.

Comme cela a d'ores et déjà été mentionné à plusieurs reprises, associer un tiers à l'exercice de l'autorité parentale est une mesure grave, qui ne saurait être fondée exclusivement sur la relation qui existe entre le tiers et le parent de l'enfant. Elle ne peut être justifiée en premier et en dernier ressort que par l'intérêt de l'enfant. L'enfant ne doit en effet pas devenir un prétexte pour conférer un

(1) Audition du jeudi 2 juillet 2009.

(2) Audition du jeudi 28 mai 2009.

(3) Audition du jeudi 28 mai 2009.

statut de beau-parent au tiers et le droit ne doit pas être utilisé contre l'intérêt de l'enfant, qu'il est initialement censé protéger.

4. Mieux encadrer, dans l'intérêt de l'enfant, le partage de l'autorité parentale par convention

Le recours à la procédure de partage de l'autorité parentale par convention homologuée par le juge ne pourrait être conservé que s'il était assorti d'une double garantie.

En premier lieu, des précautions procédurales, autres que la simple homologation par le juge, doivent être explicitement définies par la loi. Pour ce faire, l'auteur du présent rapport propose que les parents ne pourront rédiger une convention de partage de l'autorité parentale qu'avec l'appui d'un médiateur familial, tiers indépendant et impartial, qui apparaît être le mieux à même de définir des solutions souples et pragmatiques adaptées à chacune des familles. En outre, l'intervention de cet arbitre dans la rédaction de cette convention empêcherait les parents de s'entendre librement avec un tiers, au détriment de l'intérêt de l'enfant. Il serait le garant du primat de l'intérêt de l'enfant dans le respect des dispositions légales et réglementaires régissant l'exercice de l'autorité parentale. À ce titre, le juge, lors de l'examen de cette convention pour homologation, devrait tout particulièrement veiller à ce que le médiateur familial ne s'est pas contenté de mettre en forme les *desiderata* des parents et du tiers au détriment de l'intérêt de l'enfant, dont il est le gardien en dernier ressort.

En second lieu, le partage de l'autorité parentale par convention homologuée par le juge doit, comme c'est le cas actuellement, être justifié par « *les besoins d'éducation de l'enfant* ». En effet, afin d'éviter toute banalisation de l'autorité parentale et tout désengagement de la part des parents, le partage de l'autorité parentale ne pourra être homologué par le juge que s'il est justifié par « *les besoins d'éducation de l'enfant* ».

C'est au prix de ces deux garanties – appui d'un médiateur familial pour la rédaction de la convention et nécessaire justification du partage de l'autorité parentale par les besoins d'éducation de l'enfant – que l'intervention du tiers ne remet pas en cause le primat de l'intérêt de l'enfant.

C. POUVOIR CONSERVER LES LIENS AFFECTIFS TISSÉS ENTRE L'ENFANT ET UN TIERS DANS DES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES

Une fois les modalités d'exercice de l'autorité parentale aménagées et le régime des actes usuels et importants clarifié en vue de permettre l'intervention du tiers, l'avant-projet de loi s'attache à renforcer le maintien des liens affectifs tissés entre ce dernier et l'enfant dans des circonstances particulières (décès et séparation).

1. Le maintien systématique des liens entre l'enfant et un tiers : un droit qui comporte certains risques

Afin de rendre effectif le maintien des liens affectifs tissés entre l'enfant et le tiers, l'avant-projet de loi se propose non seulement d'élargir les conditions dans lesquelles le tiers peut se voir confier l'enfant en cas de décès de l'un des parents mais il consacre également un droit intangible de l'enfant au maintien des liens avec le tiers, en cas de séparation de celui-ci et de l'un des parents.

a) L'élargissement des conditions dans lesquelles le tiers peut se voir confier l'enfant en cas de décès de l'un des parents

Lorsque les deux parents sont séparés et que l'un d'eux vient à mourir, la question se pose alors de savoir si l'enfant doit être confié au parent survivant ou de préférence à un tiers. L'article 373-3 du code civil, dans sa rédaction actuelle, pose une règle générale, assortie de deux exceptions.

- *La règle générale : la dévolution automatique de l'autorité parentale au parent survivant*

La règle générale veut qu'en cas de décès de l'un des parents, la séparation de ces derniers ne fait pas obstacle à la dévolution de l'autorité parentale au parent survivant, quand bien même celui-ci aurait été privé, par jugement, de certains attributs de l'exercice de l'autorité parentale.

- *Première exception : confier l'enfant à tiers, choisi de préférence dans sa parenté*

La première exception à ce principe général est contenue dans le deuxième alinéa de l'article 373-3 du code civil : le juge aux affaires familiales « *peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier à l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté* ».

L'article 4 de l'avant-projet de loi propose de supprimer cette préférence accordé au tiers choisi dans la parenté de l'enfant, afin, selon l'exposé des motifs, de « *permettre au juge de tenir compte des situations dans lesquelles un tiers – partageant ou ayant partagé la vie de l'un des parents – est présent dans la vie quotidienne de l'enfant et assume sa prise en charge d'une façon constante* ».

Nombre d'experts rencontrés, à l'instar de Mme Marie-Catherine Gaffinel, juge aux affaires familiales de Paris ⁽¹⁾, ont considéré qu'il s'agissait-là d'une « *modification purement textuelle* », car, dans la pratique, le juge confie déjà, sur la base de l'actuel article 373-3, alinéa 2, l'enfant à un tiers, parent ou non. Cette modification, pour mineure qu'elle soit, apparaît donc conforme aux pratiques actuelles. En outre, la suppression de la préférence que conférait le second alinéa à la parenté lorsqu'il faut confier l'enfant à quelqu'un d'autre que son parent

(1) Audition du jeudi 30 avril 2009.

survivant ne ferait qu'entériner la jurisprudence qui a déjà préféré une compagne survivante à la sœur d'un père défunt (*Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 2008*), ou un homme dont la paternité avait été contestée par la propre mère de l'enfant (*Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2009*).

Certains pédopsychiatres, comme le docteur Maurice Berger⁽¹⁾, sont en revanche beaucoup plus réservés : le glissement du tiers choisi de préférence dans la parenté de l'enfant vers le tiers, parent ou non, a pour lui « *une portée considérable [...] parce qu'il existe une importante différence entre les deux au niveau réel et symbolique. Parents et tiers ne s'équivalent pas dans l'esprit d'un enfant et une hiérarchie doit donc être maintenue* ». La référence au groupe familial demeurant essentielle et prioritaire du point de vue de la structure psychique de l'enfant, il leur semble nécessaire de conserver une hiérarchie de lien entre les parents et le tiers.

- *Deuxième exception : prévoir du vivant même des parents qu'en cas de décès de l'un d'eux, l'enfant sera confié à un tiers*

La deuxième exception au principe général précité de dévolution automatique de l'autorité parentale au parent survivant figure au troisième alinéa de l'article 373-3 du code civil : « *dans des circonstances exceptionnelles* », le juge aux affaires familiales « *statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents* » peut prévoir, « *du vivant même des parents* », qu'en cas de décès de celui qui exerce seul l'autorité parentale, l'enfant ne sera pas confié au parent survivant et désigner la personne à laquelle l'enfant sera confié.

L'article 4 de l'avant-projet de loi propose que cette décision du juge puisse être prise du vivant des parents même lorsque ces derniers exercent conjointement l'autorité parentale, alors que cette possibilité est actuellement offerte au juge uniquement lorsqu'un seul parent exerce l'autorité parentale. Cette disposition a fait l'objet, lors des différentes auditions, de nombreuses critiques de la part de praticiens et d'universitaires spécialisés en droit de la famille faisant autorité.

Les juges aux affaires familiales en premier lieu ont exprimé leur inquiétude, soulignant combien il leur était difficile, voire impossible, d'apprécier, par anticipation, l'intérêt de l'enfant pour l'avenir, sauf à ce que la survenance du décès soit très proche. De surcroît, l'hypothèse selon laquelle l'enfant serait confié à un tiers plutôt qu'au parent survivant, même si ce dernier exerçait conjointement l'autorité parentale avec l'autre parent prédécédé n'est pas exempte de tout reproche. Comme le souligne Mme Françoise Dekeuwer-Défossez⁽²⁾, « *si un parent s'est vu confier l'exercice conjoint de l'autorité parentale, c'est qu'il a des qualités éducatives telles que l'on ne voit pas pourquoi il serait préférable que*

(1) Audition du jeudi 14 mai 2009.

(2) Mme Françoise Dekeuwer-Défossez, Du « statut du beau-parent » aux « droits des tiers » : réflexions critiques sur un texte controversé, *Revue Lamy Droit civil*, n° 60, mai 2009.

l'enfant soit élevé par un tiers. Cette solution aboutit à faire partager l'autorité parentale par un père et un beau-père (ou une mère et une belle-mère), ce qui peut être source de frictions. Et que faire lorsque ce beau-parent aura trouvé un nouveau compagnon ? Que sera, par rapport à l'enfant, ce beau-parent à la puissance deux ? Comment sera alors exercée, déléguée, partagée ou dépecée l'autorité parentale entre de multiples tiers, alors que l'enfant a pourtant un parent vivant, qui, par hypothèse, n'aurait pas démérité ? »

b) La généralisation du maintien des liens avec l'enfant en cas de séparation du tiers et de l'un des parents

L'article 6 de l'avant-projet de loi prévoit le maintien de relations personnelles entre l'enfant et le tiers au moment du décès ou de la séparation. Pour ce faire, deux conditions cumulatives doivent être remplies. Le tiers doit :

- avoir noué des liens affectifs étroits avec l'enfant ;
- avoir résidé avec l'enfant et l'un de ses parents.

Le principe du maintien des relations entre l'enfant et le tiers au moment du décès et de la séparation comporte des risques. Nombre de personnes entendues ont émis de sérieuses réserves sur le postulat qui sous-tend l'article 6 de l'avant-projet de loi, selon lequel l'enfant aurait un droit intangible d'entretenir des relations personnelles avec le tiers, seul l'intérêt de l'enfant pouvant en dernier ressort faire obstacle à l'exercice de ce droit.

● *Une assimilation contestable avec les droits des grands-parents*

Dans sa rédaction actuelle, l'article 6 de l'avant-projet de loi revient à mettre en équivalence complète le tiers avec les grands-parents. En effet, ces derniers se sont vus reconnaître par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant. L'article 371-4 du code civil dispose à ce titre que « *l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit* ».

Or, l'équivalence du tiers avec les grands-parents ignore les différences qui les séparent. Tout d'abord, le tiers peut intervenir brièvement dans la vie de l'enfant, alors que les grands-parents, membres de la famille, présentent une bien plus grande stabilité en raison du lien de filiation.

Ensuite, le précédent des grands-parents n'est pas toujours synonyme de paix. Les juges aux affaires familiales sont en effet très souvent amenés à rejeter les demandes des grands-parents, estimant que leur droit de visite pourrait nuire à l'enfant en ravivant des querelles familiales. On ne peut donc exclure que les demandes des tiers et des beaux-parents présentent les mêmes risques et ne subissent le même sort.

- *Des critères de mise en œuvre ambigus*

En outre, les conditions posées à l'exercice de ce droit au maintien des relations personnelles restent trop imprécises et ne sont donc pas en mesure de garantir le primat de l'intérêt de l'enfant. En effet, les critères, que sont la résidence du tiers avec le parent et l'enfant ainsi que l'existence de liens affectifs étroits, sont très vagues. Ainsi, à partir de quelle durée de résidence, le tiers a-t-il un droit au maintien des relations personnelles avec l'enfant ? La résidence doit-elle être continue ou discontinue ? Sur la base de quels critères, le juge aux affaires familiales appréciera-t-il la réalité des liens affectifs étroits tissés entre l'enfant et le tiers ?

- *Un dispositif qui ne tient pas assez compte de la réalité*

Il convient également de tenir compte du fait que les parents se séparent actuellement avec des enfants de plus en plus jeunes, comme on l'a vu (cf. *supra*). Ils rencontrent par conséquent des tiers différents, qui se succèdent et sont ainsi de plus en plus nombreux dans la vie de l'enfant. Ce dernier va donc nouer des relations affectives successives, ouvrant la voie en pratique à autant de droits de correspondance, de visite voire d'hébergement.

Or, le nombre de week-ends et de dimanches, dont dispose l'enfant, est par définition limité et ne peut donc permettre de satisfaire la multiplicité des personnes qui peuvent exiger le respect du droit à l'enfant à un contact avec eux. Par ailleurs, comme l'a indiqué le docteur Maurice Berger⁽¹⁾, « *un des besoins fondamentaux d'un enfant est le besoin de stabilité* ». Ce besoin de stabilité paraît de prime abord difficilement conciliable avec la consécration d'un droit de chaque tiers à entretenir des relations avec l'enfant, dès lors qu'il a résidé avec lui et qu'il a noué des liens affectifs avec lui.

Enfin, on peut penser que ce contact du tiers avec l'enfant ne sera pas facilement accepté par le parent, dont il vient de se séparer et avec lequel il a partagé la résidence.

- *Une demande qui n'est pas constatée par les juges aux affaires familiales*

S'agissant des juges aux affaires familiales, ils estiment qu'il est d'ores et déjà très difficile de garder auprès de l'enfant la place du parent chez qui il ne réside pas, ce qui en retour rend quasiment impraticable l'organisation d'un droit de visite, voire d'hébergement, du tiers. Aussi considèrent-ils qu'il existe un risque important de décomposition de la famille et de dilution des liens de filiation, alors même qu'il n'y a dans les faits que peu de demandes de la part des tiers (cf. *infra*).

(1) Audition du jeudi 14 mai 2009.

● *Un droit contraire à l'intérêt de l'enfant pour les pédopsychiatres*

Les pédopsychiatres font valoir pour leur part que les liens affectifs étroits ne sont pas un critère pertinent pour autoriser l'établissement d'un droit du tiers à avoir des relations personnelles avec l'enfant. En effet, un nombre non négligeable d'enfants éprouve une certaine aversion pour la personne qui remplace l'un de leur parent.

Aussi l'avant-projet de loi risque-t-il d'attiser une conflictualité latente dans l'esprit de l'enfant. En outre, si le tiers veut entretenir des relations personnelles avec l'enfant, rien ne prouve que ce soit dans l'intérêt de l'enfant. En effet, l'intérêt de l'enfant est, selon les pédopsychiatres, d'être protégé et de vivre en interaction avec ses deux parents. Lorsqu'il existe plusieurs figures parentales autour de l'enfant, celui-ci éprouve par la suite maintes difficultés à nouer des relations avec l'extérieur.

Comme l'a rappelé avec force le docteur Pierre Levy-Soussan, pédopsychiatre, l'enfant a besoin « *de repères symboliques filiatifs avant tout, capable de l'originer en tant que sujet au sein d'une famille* » et « *de ne pas être instrumentalisé [...] en « objet de bonheur » ou en « objet de reconnaissance* ». Il n'est en effet pas dans l'intérêt de l'enfant de devenir l'instrument par lequel un adulte satisfait ses seuls *desiderata*.

c) La demande des tiers : une demande qui est largement surestimée et est déjà satisfaite par le code civil

Non seulement la faculté de confier l'enfant de préférence à un tiers plutôt qu'au parent survivant éloigné de l'enfant⁽¹⁾, pas plus que la consécration d'un droit aux relations personnelles avec le tiers qui a résidé et a noué des liens affectifs avec lui⁽²⁾ ne sont pas de véritables nouveautés, mais elles font l'objet de très peu de demandes de la part des tiers.

Quant à la possibilité offerte au juge de confier l'enfant à un tiers plutôt qu'au parent survivant, différents juges aux affaires familiales ont tenu à souligner que la procédure, définie à l'article 373-3 du code civil, demeure compliquée et est très largement méconnue des justiciables, qui, par conséquent, n'y recourent que très exceptionnellement.

S'agissant de la consécration d'un droit de l'enfant aux relations personnelles avec le tiers qui a résidé et a noué des liens affectifs avec lui, ni les personnes rencontrées ni l'auteur de ces lignes ne remettent en cause l'idée selon laquelle, lorsqu'une relation très importante pour l'enfant s'est construite avec le tiers, il est de l'intérêt de l'enfant que ce lien ne soit pas rompu du jour au

(1) Article 4 de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers.

(2) Article 6 de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers.

lendemain. Mais force est de rappeler que le juge peut d'ores et déjà, à défaut d'accord amiable, organiser le maintien des liens entre l'enfant et ce tiers.

En effet, le second alinéa de l'article 371-4 du code civil prévoit d'ores et déjà dans sa rédaction actuelle le possible maintien des relations personnelles entre le tiers et l'enfant. Il dispose à ce titre que : « *Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non* ». Or, faute de demande de la part des tiers, ce dispositif est très rarement utilisé. Ainsi, Mme Marie-Catherine Gaffinel, juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de Paris, a constaté qu'en trois ans, elle n'a jamais eu à statuer sur la demande d'un beau-parent en vue de l'obtention d'un droit de visite ou d'hébergement, soulignant que, de manière générale, ces saisines étaient « *très rares en pratique* ». Sur les dix-sept juges aux affaires familiales que comprend le tribunal de grande instance de Paris, une seule a été saisie d'une demande en ce sens de la part d'un beau-parent, demande qui sera par ailleurs rejetée au motif qu'elle était contraire à l'intérêt de l'enfant. M^e Geneviève Bio Crozet, avocate au barreau de Lyon, a fait le même constat, en affirmant que « *le tiers ne demande rien, sauf cas extrêmes qui trouvent leur solution dans les textes* ».

En définitive, les réformes initiées par les articles 4 et 6 de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers ne semblent satisfaire aucune demande préexistante.

2. Un intérêt de l'enfant à démontrer et non simplement présumé

S'agissant plus particulièrement de la consécration d'un droit de l'enfant aux relations personnelles avec le tiers qui a résidé et a noué des liens affectifs avec lui, une voie d'apaisement et de consensus semble pouvoir être trouvée autour de l'intérêt de l'enfant.

En effet, en posant le préalable suivant : « *Si tel est l'intérêt de l'enfant* », l'article 371-4 du code civil dans sa rédaction actuelle souligne bien que l'intérêt de l'enfant à maintenir des relations avec un tiers n'est pas *a priori* présumé, mais que le tiers demandeur doit effectivement en faire la démonstration.

À l'inverse, l'article 6 de l'avant-projet de loi dispose « *l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec le tiers qui a résidé avec lui et l'un de ses parents [...] Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit* ». Dans ce cas, l'intérêt de l'enfant est présumé d'emblée comme un postulat, alors même qu'il conviendrait de le démontrer pour autoriser ou non le maintien de relations personnelles du tiers avec l'intérêt de l'enfant. Or, cette notion étant par définition malléable et ambivalente, nombre de praticiens entendus ont été fondés à lui contester cette qualité d'évidence préalable que lui prête l'avant-projet de loi.

Par ailleurs, il convient de souligner que la relation qui unit l'enfant au beau-parent est en premier lieu fondée sur la relation affective entre les deux adultes. Ainsi, si cette relation affective vient à disparaître, la relation entre l'enfant et le tiers s'en trouvera nécessairement affectée : le juge devra alors examiner la situation à la lumière de l'intérêt de l'enfant, sans que celui-ci ne soit présumé.

Pour ces raisons, afin que le juge garde un entier contrôle de l'intérêt de l'enfant et qu'il prenne des mesures souples, s'adaptant à toutes les situations de fait sans dogmatisme, il apparaît plus sage de préférer à l'article 6 de l'avant-projet de loi la rédaction actuelle de l'article 371-4 du code civil. En effet, le droit existant, par sa souplesse et sa simplicité, permet au juge d'apprécier les situations au cas par cas, sans pour autant présupposer l'existence d'un droit intangible de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec un tiers. Par là même il assure une meilleure protection de l'intérêt de l'enfant.

TROISIÈME PARTIE : L'INTÉRÊT DE L'ENFANT AU SEIN DES CONFLITS ENTRE ADULTES DOIT ÊTRE REPENSÉ DANS LE CADRE DE LA MÉDIATION FAMILIALE

Parce que le droit n'a pas vocation à régir l'ensemble des situations particulières et parce que chaque famille, pour préserver son équilibre, a besoin de solutions souples et pragmatiques, il apparaît indispensable de développer le recours à la médiation familiale, judiciaire et extrajudiciaire. Celle-ci peut contribuer à la fois à déplacer le conflit sur d'autres terrains que celui de la revendication autour de la personne de l'enfant et à permettre aux parents d'élaborer un mode de communication au quotidien plus adapté à l'intérêt de l'enfant.

A. LA MÉDIATION FAMILIALE : UNE MESURE RÉCENTE DESTINÉE À FAVORISER LA COPARENTALITÉ ET À PRÉVENIR LES CONFLITS

1. La médiation familiale : une démarche juridique permettant de pacifier les conflits familiaux dans l'intérêt de l'enfant

Inscrite dans la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, la médiation familiale a pour objectif, avec l'aide d'un tiers indépendant, d'aider les parents à l'exercice consensuel de l'autorité parentale en prévenant les conflits (médiation extrajudiciaire) ou en atténuant leurs effets dans l'intérêt des enfants (médiation judiciaire).

a) La médiation familiale dans le code civil

Introduite dans le code civil par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale et renforcée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 réformant le divorce, la médiation judiciaire est aujourd'hui encadrée par deux articles du code civil :

— l'article 255 du code civil relatif au divorce, qui dispose que « *le juge peut notamment : 1° Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ; 2° Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation* » ;

— l'article 373-2-10 du code civil relatif à l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés, qui dispose qu' « *en cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. À l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur*

familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure ».

b) Les missions dévolues à la médiation familiale

Conformément à la définition adoptée par le Conseil national consultatif de la médiation familiale le 22 avril 2003, « *la médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision, le médiateur familial, favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution* ».

Chargée de rétablir le fil rompu du dialogue ainsi qu'un climat de confiance, la médiation familiale poursuit un triple objectif : restaurer la communication ; préserver et reconstruire les liens entre les membres de la famille et prévenir les conséquences d'une éventuelle dissociation du groupe familial ; donner les moyens aux personnes de chercher par elles-mêmes, dans le respect de leurs droits et obligations respectifs, des issues à leur situation, qu'elle relève ou non du champ judiciaire.

La médiation familiale fait l'objet d'un partenariat entre les ministères chargés de la justice et de la famille et la Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF) pour financer et structurer, au niveau départemental, un maillage territorial suffisant. Un processus de professionnalisation des médiateurs a abouti en 2003 à la création d'un diplôme d'État spécifique de médiateur familial mais la création tardive, en 2006, du Comité national de suivi de la médiation familiale et l'implication financière modeste (cf. *infra*) du ministère de la justice n'ont, pas facilité la mise en place des comités départementaux de suivi de la médiation familiale.

c) Les publics visés par la médiation familiale

Sont principalement concernés par la médiation familiale trois types de public : les couples ou parents en situation de rupture, de séparation ou de divorce, les grands-parents souhaitant préserver des liens avec leurs petits-enfants et les jeunes adultes en rupture de liens avec leurs parents.

Si les parties prenantes à un conflit familial (parents, grands-parents, etc.) peuvent s'adresser directement à un médiateur familial, le juge aux affaires familiales peut toujours proposer, au cours de la procédure judiciaire, une médiation familiale. Quelle que soit la personne ayant eu l'initiative d'une mesure de médiation, le processus de médiation doit impérativement présenter un caractère volontaire, confidentiel, et librement consenti.

Si ce triple critère est respecté, la médiation peut intervenir à différentes étapes de la vie familiale : avant ou pendant une séparation, afin de la préparer et

d'anticiper ses conséquences ; après la séparation, lorsque les décisions antérieurement prises ne correspondent plus aux besoins des parties, à ceux des enfants ou bien à la situation de départ ; à tout moment d'un conflit familial susceptible d'entraîner une rupture et une dissolution du groupe familial.

d) Le déroulement d'une mesure de médiation familiale

La médiation familiale se déroule en trois étapes. En premier lieu, un entretien d'information gratuit au cours duquel le médiateur familial présente aux familles les objectifs, le contenu et les thèmes qui peuvent être abordés est organisé. À ce stade, les familles peuvent accepter ou bien refuser de s'engager dans une mesure de médiation familiale et ce, en toute connaissance de cause, cet entretien d'information étant sans engagement de leur part.

LE MÉDIATEUR FAMILIAL

Agissant dans le cadre de la loi et le respect des personnes, le médiateur familial doit s'assurer de sa position de tiers tout au long de la médiation, en respectant trois principes déontologiques énoncés par le Conseil national consultatif de la médiation familiale :

• Impartialité

Le médiateur familial doit refuser d'intervenir dans une médiation impliquant des personnes avec lesquelles il entretient par ailleurs des liens personnels ou économiques. Il s'interdit d'exercer avec les mêmes personnes une autre fonction que celle de médiateur. Il n'a pas à prendre parti ni à privilégier un point de vue sur un autre.

• Autonomie

Garant de sa propre autonomie, il revient, entre autres, au médiateur familial : de préserver l'autonomie de sa mission et de refuser le cas échéant la mise en œuvre d'une médiation familiale ; de suspendre ou d'interrompre le processus si les conditions nécessaires ne lui semblent pas ou plus remplies ; de veiller à l'équité de l'accord éventuel et à sa conformité à l'ordre public.

• Compétence

Le médiateur familial est un professionnel qualifié, titulaire du diplôme d'État de médiateur familial, créé en 2003. Doté de compétences en psychologie, en sociologie, en droit, en techniques de gestion des conflits, il est notamment formé à l'écoute et à la négociation entre les personnes et observe une stricte confidentialité. Son rôle est d'aider les familles à trouver une solution concrète au conflit ou à la situation des parties.

Le médiateur propose d'aborder progressivement tous les aspects concrets de l'organisation familiale à définir après une séparation ou une rupture, tels que le planning d'accueil de l'enfant (année scolaire, vacances...), la façon dont il se rendra d'un domicile à l'autre, sa scolarité, le suivi de sa santé, ses pratiques religieuses, ses relations avec la famille au sens élargi, ses loisirs, le coût de son éducation et tout autre sujet que les parties souhaitent évoquer.

En deuxième lieu, une fois que les familles ont accepté la mesure de médiation familiale, sont organisées les différentes séances de médiation, qui donnent lieu à des entretiens. D'une durée moyenne comprise entre une heure trente et deux heures, ces séances se déroulent sur une période de trois mois,

renouvelable une fois⁽¹⁾. Il convient à cet égard de noter que le nombre de séances par mesure de médiation varie suivant la situation des parties et les sujets qu'elles souhaitent aborder. Le médiateur familial peut recevoir les personnes individuellement ou ensemble, le même temps de parole leur étant imparti. Si c'est le juge qui a ordonné la médiation familiale avec l'accord des parties, celles-ci peuvent bénéficier, selon leurs ressources, de l'aide juridictionnelle, c'est-à-dire une prise en charge totale ou partielle du coût de la médiation par l'État. Si tel n'est pas le cas, les séances sont réglées par les justiciables eux-mêmes selon des tranches allant de 5 à 132 euros conformément à un barème national établi par la CNAF.

Enfin, intervient la dernière étape de la mesure de médiation familiale, si les parties parviennent à un accord écrit, détaillant les différents points d'entente pour l'avenir. Elles peuvent d'ailleurs, le cas échéant, demander au juge de l'homologuer pour qu'il lui donne force exécutoire. Quoiqu'il en soit, le principe de confidentialité prévaut et, à ce titre, aucun rapport sur le contenu des entretiens de médiation n'est adressé au juge.

2. La médiation familiale à l'épreuve des faits : des services éparpillés et mal financés pour un rôle encore trop marginal

Cependant, cette procédure récente n'a pas encore bénéficié des moyens qui lui permettent d'atteindre complètement ses objectifs.

a) Une inégale répartition des services de médiation familiale sur le territoire national

« L'empilement de dispositifs dispersés géographiquement et sans articulation entre eux, le défaut d'une réflexion sur l'accès des parents à l'information, ne peut garantir une réponse adéquate et une prise en charge globale des besoins des familles. » faisait valoir la Cour des comptes dans son rapport public annuel pour 2009. De fait le dispositif de médiation familiale, dont la gestion est déconcentrée, n'échappe pas à ce constat sévère.

Répondant aux observations faites par la Cour des comptes dans son rapport annuel 2009, le ministère de la justice a toutefois reconnu que *« la répartition des services sur le territoire national est inégale. À titre d'exemple, la cour d'appel de Bastia dispose de deux associations, alors que la cour d'appel de Paris en compte vingt-quatre. Par ailleurs, dans le ressort de cette dernière cour, la répartition est telle que si la ville de Paris dispose de douze services, les départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Essonne ne comptent chacun que deux associations. La cour d'appel de Metz qui couvre un seul département, compte sept associations, alors que la cour d'appel de Colmar, qui couvre deux départements, dispose de quatre services. Cependant, à l'exception d'Angoulême, Morlaix, Dax et Saverne, les tribunaux de grande instance disposent tous soit d'un*

(1) Il est admis une moyenne de 7 entretiens pour une mesure de médiation familiale.

service de médiation familiale, soit d'un service d'espace de rencontre ou des deux à la fois ».

Au 30 juin 2009, l'annuaire de la Fédération nationale de la médiation familiale recensait 196 associations et organismes adhérents, assurant la gestion de 196 services de médiation familiale et de 210 antennes de médiation familiale ⁽¹⁾, ce qui représente 406 lieux d'exercice de la médiation familiale en France.

RÉPARTITION DES 406 LIEUX D'EXERCICE DE LA MÉDIATION FAMILIALE PAR RÉGION

Régions	Services	Antennes	Total	En %
Alsace	5	2	7	1,7 %
Aquitaine	12	22	34	8,4 %
Auvergne	5	0	5	1,2 %
Basse-Normandie	5	5	10	2,5 %
Bourgogne	10	1	11	2,7 %
Bretagne	7	4	11	2,7 %
Centre	8	8	16	3,9 %
Champagne Ardennes	5	1	6	1,5 %
Franche Comté	5	1	6	1,5 %
Haute Normandie	5	3	8	2 %
Île de France	32	82	114	28 %
Languedoc Roussillon	10	6	16	3,9 %
Limousin	4	2	6	1,5 %
Lorraine	6	3	9	2,2 %
Midi Pyrénées	12	1	13	3,2 %
Nord-Pas-de-Calais	5	6	11	2,7 %
Pays de la Loire	10	1	11	2,7 %
Picardie	4	1	5	1,2 %
Poitou Charentes	6	3	9	2,2 %
PACA/Corse/Monaco	20	39	59	14,5 %
Rhône Alpes	16	14	30	7,4 %
DOM	4	1	5	1,2 %
Total	196	210	406	100 %

Ce tableau sur la répartition, par région, des services et antennes de médiation familiale montre à quel point le dispositif de médiation familiale ne répond pas aux besoins d'un maillage satisfaisant : cinq régions sur vingt-trois – Corse, Aquitaine, Île-de-France, Rhône-Alpes et Provence-Alpes-Côte-d'Azur – concentrent près de 60 % ⁽²⁾ des services et antennes de médiation familiale. Ainsi, sur les 406 services ou antennes de médiation familiale, le ministère de la justice a

(1) Les antennes organisent des entretiens de médiation familiale.

(2) Les régions Corse, Aquitaine, Rhône-Alpes, Provence-Alpes-Côte-d'Azur et Île-de-France concentrent 58,4 % des services et antennes de médiation familiale.

indiqué que 37 structures ont pris en charge moins de 10 mesures dans l'année, 30 services n'ont pris en charge que 10 à 20 mesures. À peine 5 structures dépassent les 100 mesures.

Or, comme l'a relevé la Cour des comptes dans son rapport public annuel pour 2009, *« l'éparpillement des services de médiation familiale augmente leur coût de fonctionnement et leur concentration devrait être encouragée »*. Dans cette perspective, répondant aux observations de la Cour, le ministère de la justice, a indiqué que *« la mutualisation de la gestion administrative des services, ceux-ci étant souvent de petite taille, pourrait être une solution. Le groupement des services en est une autre, mais le mouvement associatif n'y semble aujourd'hui pas spontanément disposé »*.

En outre, il doit être remédié à la dispersion des structures par un pilotage efficace du dispositif, tant au niveau national que local. Ainsi, afin de renforcer ce pilotage à l'échelon local, ont été mis en place, en février 2007, des comités départementaux de développement et de coordination de la médiation familiale. Ces comités se composent de représentants de la CAF, de la DDASS, de la MSA, de la Justice ⁽¹⁾ ainsi que du conseil général. À l'échelon national, le pilotage du dispositif est assuré, depuis 2006 par le Comité national de suivi de la médiation familiale.

b) Des financements éparpillés et fragiles

Selon la CNAF, le coût de la médiation familiale aurait été de 11,7 millions d'euros en 2006, tous financeurs confondus, dont 7 millions assumés par la branche famille, 1,5 million par les collectivités territoriales et seulement 0,86 million d'euros par le ministère de la justice ⁽²⁾. Selon la CNAF, la faiblesse des crédits du ministère de la justice conduirait les juges à orienter les parents vers la médiation judiciaire mais la maigre prescription des mesures judiciaires peut en retour justifier la faiblesse de l'engagement financier de la Chancellerie.

Pour pérenniser ce dispositif de médiation familiale, dont le besoin s'accroît, la Cour des comptes, dans son rapport public annuel pour 2009, a rappelé que *« l'élaboration d'un tarif de la prestation constitue un impératif »*. En effet, le financement des services de médiation représenterait actuellement environ 40 % des charges réelles de fonctionnement, ce qui peut provoquer l'abandon de l'activité ou faire porter l'effort sur des parents en conflit et s'avérer alors dissuasif.

On peut légitimement s'interroger sur le coût réel de la médiation familiale. Pour ce faire, la CNAF raisonne en termes de postes et non de séances. Ainsi, le prix de revient moyen d'un service médiation familiale en 2007 correspond à un équivalent temps plein, soit 73 348 euros. Alors que ce sont

(1) Le ministère de la Justice est représenté dans chaque comité par le magistrat délégué à la politique associative et à l'accès au droit de la cour d'appel.

(2) Source : rapport public annuel 2009 de la Cour des comptes, p. 637.

12 120 mesures de médiation – judiciaire et extrajudiciaire – qui ont été réalisées en 2007 et 175 équivalents temps plein (ETP) qui ont été financés la même année, le coût annuel de médiation familiale peut être estimé, au 1^{er} janvier 2009⁽¹⁾, à 12,8 millions d’euros⁽²⁾ et le coût d’une mesure de médiation à 1 059 euros⁽³⁾.

Le Conseil national consultatif de la médiation familiale a, pour sa part, procédé à une estimation du coût de la médiation familiale sur l’ensemble du territoire, suivant le nombre de médiateurs par département.

ESTIMATION DU COÛT DE LA MÉDIATION FAMILIALE SUR L’ENSEMBLE DU TERRITOIRE

Nombre de médiateurs par département	Coût de la médiation familiale sur l’ensemble du territoire
1	6,4 millions d’euros
2	12,9 millions d’euros
3	25,7 millions d’euros

L’objet pour 2004 était d’arriver à couvrir le territoire français en ayant deux médiateurs familiaux à temps complet par département, soit 200 médiateurs familiaux assurant 14 000 mesures de médiation par an. Alors qu’une projection pour 2007-2008 évaluait à 33 000 le nombre de mesures de médiation familiale réalisées sur l’ensemble du territoire, le nombre de mesures réalisées n’a été que de 12 210 en 2007.

c) Un rôle encore trop marginal

En dehors de ces difficultés et de ces insuffisances, il faut admettre que le recours à la médiation familiale n’a pénétré que très timidement notre culture de résorption des conflits. Comme l’a écrit le Médiateur de la République, dans son rapport annuel pour 2008, « *force est de constater que la médiation familiale judiciaire, dont beaucoup d’observateurs et de praticiens reconnaissent les mérites, joue encore un rôle très marginal dans le processus de traitement de ces conflits* ».

Loin d’être isolé, ce constat est partagé par M. Serge Guinchard qui, dans son rapport intitulé « *L’ambition d’une justice apaisée* »⁽⁴⁾, a souligné que « *la médiation bénéficie d’un succès mitigé* ». En effet, la médiation en matière civile n’est ordonnée que dans 1,5 % des affaires traitées par les cours d’appel et 1,1 % des affaires traitées par les juridictions du premier degré. Comme le rappelle M. Serge Guinchard, la médiation « *est surtout utilisée en matière familiale où elle a concerné, en 2006, 5 095 tentatives extrajudiciaires et 3 710 renvois en*

(1) Les estimations sont réalisées au 1^{er} janvier 2009, ces chiffres étant actuellement en cours de finalisation.

(2) Coût de la médiation familiale : 175 ETP x 73 348 € = 12 835 900 €.

(3) Coût d’une mesure de médiation familiale : 12 835 900 € / 12 120 mesures = 1 059 €.

(4) L’ambition d’une justice apaisée, rapport de la commission sur la répartition des contentieux présidée par M. Serge Guinchard, La documentation française, juin 2008.

médiation par le juge ; ces chiffres, mis en regard des quelque 360 000 affaires soumises aux juges aux affaires familiales, démontrent que la médiation, même dans ce domaine, peine à prendre une place à la hauteur des apports de cette institution ».

La Chancellerie fait sienne cette opinion. Répondant aux observations de la Cour des comptes dans son rapport annuel de 2009, elle a souscrit au constat d'une sous-utilisation du dispositif de médiation familiale par les juridictions, comparativement, notamment aux espaces rencontrés : 4 437 mesures de médiation familiale judiciaire contre 17 692 mesures concernant le droit de visite parents/enfants en 2007.

NATURE DES MESURES DE MÉDIATION FAMILIALE ENTRE 2003 ET 2007

	2003	2004	2005	2006	2007	Évolution 2006/2007
Mesures conventionnelles	5 307	5 979	6 305	6 432	6 289	- 2,2 %
<i>dont demandes directes des particuliers</i>	2 541	2 943	3 124	3 300	3 104	- 5,9 %
Mesures judiciaires	1 863	2 683	3 530	4 234	4 437	+ 4,8 %
<i>dont JAF</i>	1 776	2 504	3 393	4 031	4 213	+ 4,5 %
Total des mesures de médiation familiale	7 170	8 662	9 835	10 665	10 726	+ 0,6 %

Source : Sous-direction de la statistique, des études et de la documentation du ministère de la justice.

Au cours de l'année 2007, les associations de médiation familiale ont dispensé 5 716 séances d'information générale, 10 206 entretiens d'information préalable ayant débouché ou pas sur une médiation et 23 397 entretiens de médiation familiale.

Mais au-delà de ces obstacles culturels, on peut se demander si les freins opposés à cette pratique ne trouvent pas leur source dans les textes mêmes. Pour le ministère de la justice ⁽¹⁾, « le faible nombre de mesures de médiation familiale ordonné par les juges s'explique essentiellement par le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les mesures judiciaires de médiation familiale. En effet, les articles 255 et 373-2-10 du code civil subordonnant la mise en œuvre de la médiation à l'accord préalable des parties, le juge aux affaires familiales n'a pas le pouvoir d'imposer cette mesure. Il peut seulement enjoindre les parties de

(1) Rapport public annuel pour 2009 de la Cour des comptes, « Les politiques de soutien à la parentalité », réponse du ministre de la Justice.

rencontrer un médiateur qui les informera sur l'objet et le déroulement de la mesure ».

Dans ce contexte, la Chancellerie estime qu'il n'est guère surprenant que le nombre de médiations judiciaires ne soit pas très élevé : « *Les magistrats ne prononcent pas d'injonctions de rencontrer un médiateur lorsque les parties ne paraissent pas d'emblée prêtes à accepter l'idée d'une médiation, dans la mesure où cela rallonge la procédure sans garantie aucune que la médiation pourra apporter une solution au conflit* ». Enfin, il convient d'observer qu'au stade de la procédure où elle est susceptible d'intervenir, la médiation judiciaire n'est pas toujours envisageable, le juge aux affaires familiales étant souvent saisi à un moment où le conflit est cristallisé et où les parties refusent toute idée de dialogue.

Afin de lever les différents obstacles qui pèsent aujourd'hui sur le développement de la médiation familiale, plusieurs réformes ont d'ores et déjà été entreprises. Comme le rappelle la Cour des comptes, « *la branche famille a engagé plusieurs chantiers pour améliorer ce dispositif (analyse des activités, revalorisation de la prestation de service, convention de financement pluriannuelle et multi-partenariale), mais leur réussite suppose un réengagement des autres partenaires* ». De son côté, le ministère de la justice a indiqué que la mise en place d'un dispositif d'évaluation générale de la médiation familiale est actuellement en cours d'étude dans le cadre des travaux du Comité national de suivi de la médiation familiale avec l'ensemble des autres co-financeurs.

B. FAVORISER LE RÈGLEMENT EN AMONT DES QUESTIONS LIÉES AUX ENFANTS GRÂCE À LA SYSTÉMATISATION DE LA MÉDIATION FAMILIALE

Nombreuses sont aujourd'hui les voix qui appellent de leurs vœux un renforcement de la médiation familiale, tant judiciaire qu'extrajudiciaire, afin, de déplacer le conflit sur d'autres terrains que celui de la revendication autour de la personne de l'enfant et de pacifier les conflits familiaux. En effet, ceux-ci ont davantage besoin d'une procédure conduisant à un exercice consensuel de l'autorité parentale que de nouvelles dispositions juridiques, inaptes à régir un ensemble des situations très différentes les unes des autres et susceptibles de générer un contentieux que l'on cherche par ailleurs à tarir pour d'évidentes motivations budgétaires. Pour ce faire, on peut considérer que deux voies pourraient être privilégiées : d'une part, conforter et soutenir la médiation familiale judiciaire et, d'autre part, développer le champ de la médiation extrajudiciaire obligatoire.

1. Encourager le recours à la médiation familiale judiciaire

Afin d'encourager le recours à la médiation familiale judiciaire, deux actions pourraient être menées en parallèle : le développement d'une véritable « culture de médiation » et la généralisation de la pratique de la « double convocation » en matière de contentieux familial.

a) Développer la « culture de médiation »

Dans son rapport annuel pour 2008, le Médiateur de la République avait exprimé le souhait que soit confortée la médiation familiale judiciaire, afin d'« *apaiser les conflits familiaux et (de) favoriser une coparentalité responsable* ». La commission sur la répartition des contentieux a pour sa part fait observer, dans son rapport déjà cité que la montée en puissance de médiation familiale « *ne pourra résulter que d'une démarche volontariste, passant notamment par la mise en place de mécanismes incitatifs* », rappelant au passage « *combien la diffusion de la culture de la médiation [est] nécessaire au développement des voies amiables de résolution des conflits* ». Or, pour être effective, cette culture « *doit être partagée par l'ensemble des acteurs du monde judiciaire, magistrats, avocats et personnels de greffe* ».

Si certains jugent que la médiation familiale n'est pas encore pleinement entrée dans la pratique quotidienne des juridictions, certaines d'entre elles toutefois ont mis en place des dispositifs innovants afin d'encourager le recours à la médiation judiciaire. Ainsi, dans certaines juridictions, des médiateurs proposent une information gratuite sur l'objet et le déroulement du dispositif. Dans d'autres, dès le dépôt des requêtes en séparation et divorce, des greffes invitent les couples à se renseigner sur la médiation.

Au-delà de ces actions de sensibilisation et d'incitation à la médiation, le Tribunal de grande instance de Paris a souhaité généraliser ce genre de pratiques. Depuis janvier 2007, une permanence d'information sur la médiation peut accueillir les couples sur injonction du juge aux affaires familiales. « *Entre 2007 et 2008, il y a eu 67 % d'augmentation des injonctions à rencontrer un médiateur familial, prononcées par les juges. Cela veut dire que maintenant la médiation familiale fait partie du paysage des juges aux affaires familiales* », observe Mme Danièle Ganancia, vice présidente et juge aux affaires familiales au Tribunal de grande instance de Paris. En définitive, cette permanence a conduit 80 % des couples, après leur passage à la permanence de médiation familiale, à accepter d'entamer une médiation. Au regard des résultats ainsi obtenus, on ne peut que plaider en faveur d'une généralisation des permanences d'information à la médiation familiale auprès de chaque tribunal de grande instance.

Afin de permettre à l'ensemble des acteurs judiciaires d'un conflit familial d'orienter à bon escient les familles vers un médiateur, le présent rapport recommande également que magistrats, greffiers et avocats soient spécialement sensibilisés à la médiation familiale. Cette action de sensibilisation auprès des magistrats revêt une importance toute particulière car la culture du juge ne doit pas uniquement être celle de trancher les litiges. Au titre de ses missions, il lui revient également de concilier les parties.

Souscrivant pleinement aux recommandations faites par la commission présidée par M. Serge Guinchard, l'auteur du présent rapport considère que le développement d'une culture de la médiation à l'échelle locale passera dès lors

nécessairement, d'une part, par l'établissement d' « *une liste de médiateurs par tribunal de grande instance* » et, d'autre part, par la mise en place d' « *un référent au sein de chaque tribunal de grande instance. Il est en effet nécessaire d'intégrer au mieux les organes de médiation. Un magistrat référent, qui constituerait un pont entre la juridiction et les services de médiation, apparaît la condition indispensable au développement de relations de confiance mutuelle qui s'imposent entre un délégant et son délégataire* ».

b) Consacrer la pratique de la « double convocation »

En novembre 2008, le Tribunal de grande instance de Paris a mis en place une procédure dite de « double convocation ». Ainsi, en cas de saisine du juge aux affaires familiales, non précédée d'une tentative de médiation, les parties, dès saisine de la juridiction, sont renvoyées devant un médiateur familial, sans recueil formel de leur accord, tout en leur donnant une date d'audience, soit aux fins d'homologation de leur accord, soit aux fins de jugement ⁽¹⁾.

Soulignant l'intérêt d'engager les parties dans une logique de médiation en parallèle de la procédure judiciaire, Mme Danièle Ganancia, vice présidente et juge aux affaires familiales au Tribunal de grande instance de Paris a précisé que « *souvent les personnes trouvent un accord dès l'entretien d'information chez le médiateur. Dès la première audience, le juge peut homologuer l'accord* ». Cette expérimentation a également été menée avec profit au Tribunal de grande instance de Bobigny, en matière familiale, où, pour les affaires sélectionnées par les magistrats, elle a abouti dans la moitié des cas à un accord, total ou partiel. Toutefois, comme l'a fait observer M. Serge Guinchard, « *le succès de la double convocation passe par un lien étroit entre la juridiction et les services de médiation concernés, à l'effet d'assurer une permanence de médiateur* ».

Par conséquent, pour les actions ne relevant pas du champ de la médiation obligatoire préalable à toute action en justice (cf. *infra*) et à l'exclusion du divorce, il serait nécessaire de consacrer les pratiques existantes de double convocation. En pratique, le juge aux affaires familiales pourrait, pour toute affaire, inviter les parties à rencontrer un médiateur avant même l'audience, voire dès l'enrôlement de l'acte introductif d'instance.

Les modalités selon lesquelles une médiation pourrait être proposée s'en trouveraient assouplies, permettant ainsi que le développement de la médiation judiciaire n'induisse pas un allongement de la durée des procédures. La souplesse autorisée par ce mécanisme permettrait d'apporter une réponse adaptée à chaque affaire soumise au juge.

(1) *Il convient de préciser qu'aucune conséquence ne peut être tirée par le juge d'un défaut de passage devant le médiateur familial, étant que l'accord des deux parties n'a pas été préalablement recueilli.*

2. Développer le champ de la médiation extrajudiciaire obligatoire

Le rapport précité sur la répartition des contentieux considère à juste titre que « *le champ familial constitue le terrain de prédilection de la médiation en matière civile. Le primat de l'intérêt de l'enfant commande en effet que soit privilégiée à la démarche contentieuse la démarche amiable, « tant l'autorité parentale doit être envisagée – comme la terminologie retenue par le droit communautaire nous y invite – sous l'angle de la responsabilité parentale* ». La responsabilité et le dialogue qu'impose l'exercice quotidien de l'autorité parentale, surtout en cas de séparation, justifient que l'on s'interroge sur la systématisation de la médiation familiale préalablement à la saisine du juge aux affaires familiales. L'expérience menée depuis plus de dix ans au Québec est à cet égard très éclairante.

LE DISPOSITIF DE MÉDIATION FAMILIALE EXTRAJUDICIAIRE AU QUÉBEC

La loi instituant la médiation préalable en matière familiale au Québec est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1997. Son objectif est de permettre aux membres d'un couple, mariés ou non, de recourir aux services d'un médiateur accrédité destiné à les aider à trouver une solution à leurs différends et à parvenir à un accord écrit. Ledit accord a vocation à entériner les décisions relatives à leur demande de séparation, de divorce, de garde des enfants, de pension alimentaire ou de révision de jugement.

Le dispositif québécois repose en substance sur trois règles essentielles : la prise en charge par l'État du coût de la médiation ; la constitution d'un maillage complet de médiateurs compétents ; l'interdiction de statuer sur une demande en justice sans qu'au préalable les parties aient au moins assisté à une réunion d'information.

Depuis septembre 1997, environ 115 000 couples ont fait appel à la médiation familiale gratuite, les deux tiers en dehors de toute procédure judiciaire. Le nombre d'affaires familiales soumises à la Cour supérieure du Québec dans le champ couvert par ce dispositif a subi une baisse constante depuis sa mise en place, passant de 38 758 à 30 254 en 2007. Le taux de satisfaction des personnes qui y ont recours atteint 82 %.

Source : extraits du rapport de la commission sur la répartition des contentieux présidée par M. Serge Guinchard, L'ambition d'une justice apaisée, La documentation française, juin 2008.

a) Systématiser le recours à la médiation préalable pour les actions tendant à faire modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, précédemment fixées par une décision de justice

Adhérant aux propositions faites en la matière par la commission sur la répartition des contentieux, l'auteur du présent rapport suggère que la médiation préalable à toute action en justice devienne obligatoire pour les actions tendant à modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, précédemment fixées par une décision de justice, ce qui concerne plus de 70 000 affaires par an (fixation et modification des modalités de visite et d'hébergement ou de la contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant). Systématisée pour toutes les actions récurrentes tendant à modifier une décision du juge aux affaires familiales portant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la médiation familiale préalable obligera les parents, avant toute saisine du juge, à s'inscrire, avec l'aide

d'un médiateur, dans une démarche de dialogue leur permettant d'ajuster eux-mêmes les modalités d'exercice de leur autorité parentale dans le seul intérêt de leur enfant.

L'encouragement au dialogue et au pragmatisme, que favorise la médiation préalable aux actions tendant à modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale, peut trouver deux terrains d'élection privilégiés : le partage de l'autorité parentale et la définition des actes usuels et importants.

En premier lieu, comme l'auteur du présent rapport l'a déjà souligné, si le principe d'une convention homologuée par le juge peut être retenu en matière de partage de l'autorité parentale, il convient de prévoir en contrepartie que les parents ne pourront rédiger cette convention qu'avec l'appui d'un médiateur familial, tiers indépendant et impartial, le mieux à même de définir des solutions souples et pragmatiques adaptées à chacune des familles. Par ailleurs, l'intervention de cet arbitre, qu'est le médiateur familial, empêchera les parents de s'entendre librement avec un tiers au détriment de l'intérêt de l'enfant : le médiateur sera alors le garant du primat de l'intérêt de l'enfant dans le respect des dispositions légales et réglementaires régissant l'exercice de l'autorité parentale.

En second lieu, la médiation extrajudiciaire préalable aux actions tendant à modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale trouverait utilement à s'appliquer en matière de prévention des contentieux liés à la détermination des actes usuels et importants. Le médiateur familial, tiers indépendant et impartial, est le mieux placé pour pacifier et arbitrer, en fonction de chaque situation familiale, les conflits liés à la définition de ces actes usuels et importants.

Cependant, à l'instar de ce que préconise M. Serge Guinchard dans son rapport, il semble pertinent de réserver la médiation familiale préalable obligatoire aux seules actions visant à modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale et non à les déterminer d'emblée. En effet, « *ces demandes concernent des problématiques plus complexes, n'intéressant pas seulement l'enfant et justifiant bien souvent, dans un contexte conflictuel, qu'une décision intervienne rapidement pour régler les modalités de la séparation des parents* ». Dans ce cadre, la médiation aurait vocation à régler essentiellement des problèmes pratiques sans avoir un champ d'application trop large. On peut donc estimer qu'en dehors des actions visant à modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale, les parties doivent simplement être incitées à recourir à la médiation, grâce notamment à la procédure dite de « double convocation » ou bien à la permanence d'information de la médiation familiale auprès de chaque tribunal de grande instance (cf. *supra*).

Ainsi, le caractère impératif de la médiation familiale préalable visant à modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale emporterait plusieurs conséquences.

Tout d'abord, l'introduction de la demande devant le juge aux affaires familiales devrait obligatoirement être précédée d'une réunion d'information gratuite sur la médiation menée sous l'égide d'un médiateur familial. À l'image de ce que propose la commission sur la répartition des contentieux, cette réunion d'information préalable à toute action en justice ne serait pas obligatoire dès lors que le demandeur serait en mesure de justifier d'un motif grave interdisant tout recours à la médiation (contexte de violences, urgence, défaut de présentation d'une partie devant le médiateur, etc.).

Ensuite, pour être pleinement efficace, cette exigence d'une réunion d'information préalable à toute action en justice « *serait prescrite à peine d'irrecevabilité, relevée d'office par le juge et non régularisable en cours d'instance* ».

Enfin, la réunion d'information préalable obligatoire à toute action en justice doit nécessairement être gratuite, sauf à constituer une entrave à l'accès à la justice, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En outre, si les parties, après la réunion d'information préalable, décident d'engager une procédure de médiation, on rappellera qu'elles pourront à ce titre bénéficier selon leurs ressources de l'aide juridictionnelle et que la participation financière des personnes faisant l'objet d'une médiation sera calculée selon leurs revenus. Ces règles seraient compatibles avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui affirme que si l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme garantit un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives aux droits et obligations à caractère civil, les États jouissent d'une marge d'appréciation en la matière. La détermination des « obligations positives » des États au regard du caractère effectif du droit au recours en ce qui concerne l'accès au tribunal s'apprécie par rapport à plusieurs critères : la spécificité du recours, le fait que l'affaire ait déjà fait ou non l'objet d'un examen en fait et en droit, la nécessité de permettre l'exécution des décisions dans un délai raisonnable. Une aide publique à l'accès au juge (CEDH 7 juillet 1977 *Airey c/ Irlande* n° 3289/73) ne constitue pas par ailleurs un droit absolu, une condition de plafond de ressources du bénéficiaire ayant été jugée conforme à la convention, compte tenu des exigences liées aux finances de l'État (CEDH 10 juillet 1980 *X. c/Royaume-Uni* n° 8158/78) et si le coût de la mesure n'est pas disproportionné par rapport aux ressources du requérant. Au surplus en termes purement financiers nationaux, on peut penser que les gains générés par la médiation supporteraient aisément la comparaison avec les dépenses qu'implique un recours systématique au juge.

b) Créer un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire

Si, comme cela vient d'être démontré, la médiation préalable à toute action en justice gagnerait à se développer, afin d'amener les parents à fixer et à ajuster eux-mêmes les modalités d'exercice de leur autorité parentale dans le seul intérêt de leur enfant ; elle ne remplira toutefois cette nouvelle fonction qu'en se

détachant, *via* la création d'un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire, de la régulation judiciaire, assurée par les juridictions.

L'exemple précité du Québec a permis de mettre en évidence que, pour être performante, la médiation doit bénéficier d'une organisation structurée en dehors du cadre judiciaire. S'associant aux propositions faites par la commission sur la répartition des contentieux, l'auteur du présent rapport suggère que le développement souhaité en France de la médiation préalable en matière familiale soit conforté par la création d'un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire.

En effet, *« l'expérience québécoise révèle que le développement de la médiation familiale ne peut se concevoir sans une prise en charge financière, totale ou partielle, par l'État »*. Si le diplôme d'État de médiateur familial et les centres et services de médiation constituent les premières ébauches de ce dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire, *« une organisation publique semble indispensable dans le contexte national, tant pour garantir la présence de services de médiation familiale sur l'ensemble du territoire, que pour assurer la qualification et le contrôle des médiateurs, ainsi que la prise en charge financière de la médiation »*. On rejoindra encore une fois l'analyse de la Commission sur la répartition des contentieux, qui évoque la nécessité de s'appuyer sur l'expertise acquise dans ce domaine par la Caisse nationale des allocations familiales et la Caisse de mutualité sociale agricole, tout en veillant à l'étroite association de l'ensemble des partenaires naturels de cette politique, que sont les ministères de la justice et des affaires sociales ainsi que les collectivités territoriales.

La mise en place d'un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire ne pourra toutefois voir le jour sans une volonté politique forte et un budget en conséquence. Il est cependant nécessaire d'évaluer en contrepartie l'économie financière générée par le recours à la médiation, qui permet de désengorger les tribunaux. Afin de répondre au mieux aux besoins, il conviendrait d'expérimenter ce dispositif, avant de le généraliser.

CONCLUSION

Dans le respect des engagements pris par le Président de la République et conformément à la mission que m'a confiée le Premier ministre, l'évaluation de l'avant-projet de loi du gouvernement sur le statut du beau-parent et les droits des tiers exigeait une large réflexion sur l'exercice de l'autorité parentale, en s'entourant pour ce faire du maximum d'avis de professionnels et de représentants du monde associatif. C'est la démarche que nous avons suivie en les consultant.

Certains y voyant un premier pas vers la reconnaissance de l'adoption par les couples homosexuels, d'autres craignant une remise en cause du rôle joué par le parent séparé au profit du tiers, cet avant-projet a suscité une vive polémique. Il visait notamment à clarifier le droit existant à la lumière de la jurisprudence, qu'il s'agisse du partage de l'autorité parentale avec un tiers, de la distinction entre actes usuels et actes importants ou de l'exercice de l'autorité parentale après le décès d'un parent. Il s'était assigné dans cet esprit un double objectif : reconnaître la fonction des tiers dans les familles recomposées tout en renforçant la coparentalité et régler les problèmes de la vie quotidienne des enfants après la séparation des parents.

Cependant il ressort de l'ensemble des auditions qui ont été réalisées que certaines des propositions de ce texte sont susceptibles de nourrir un contentieux supplémentaire. En effet il est très difficile de définir précisément dans la loi ce qui doit être considéré comme un acte important et ce qui doit être regardé comme un acte usuel. Cette appréciation varie selon la perception qu'en ont les parents et dépend de l'existence ou non de tensions dans la famille. Si le tiers peut sans difficulté remplir son rôle auprès de l'enfant dans un contexte apaisé, sa fonction peut être contestée dans ses moindres détails en cas de conflit entre les parents. La place du tiers ne peut en outre être affirmée au détriment de la coparentalité. On ne saurait sous estimer enfin la diversité et la complexité de situations qui constituent autant de cas particuliers.

De manière générale, la quasi-unanimité des personnes auditionnées – les juristes, les pédopsychiatres, les acteurs de terrain – s'est montrée réticente vis-à-vis du texte proposé, le droit existant répondant déjà selon elles à la plupart des problèmes rencontrés. Elles ont notamment fait valoir que s'engager dans la voie d'une complexité accrue d'un droit déjà très dense ne servirait pas les intérêts des enfants, souvent instrumentalisés par des adultes tentés d'en faire les victimes voire parfois les otages de leurs conflits.

Loin de devenir la variable d'ajustement des intérêts des adultes au gré de leurs besoins, l'intérêt supérieur de l'enfant plaide beaucoup plus pour des solutions sur mesure que pour des règles uniformes. Fort de ce constat, je me suis attaché, tout en maintenant certaines orientations du texte, à proposer des solutions plus souples, propres à faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant dans la vie quotidienne des familles recomposées.

Il apparaît en effet que certaines des difficultés liées à l'application pratique d'un certain nombre de propositions de l'avant-projet de loi pourraient être levées grâce à la médiation familiale.

L'encouragement au dialogue et au pragmatisme, que suscite l'arbitrage offert par la médiation, pourrait trouver à ce titre deux terrains d'élection privilégiés abordés dans le texte : la définition des actes usuels et importants et le partage de l'autorité parentale.

Un domaine dans lequel la médiation familiale trouverait utilement à s'appliquer pourrait être celui de la prévention du contentieux lié à la détermination des actes usuels et importants visée à l'article 2. Entre les problèmes soulevés par l'inscription d'un enfant dans une école confessionnelle et une intervention médicale bénigne, n'y-a-t-il pas en effet un espace qui pourrait relever de la médiation en amont du juge ?

On pourrait également imaginer aisément qu'avant d'être homologuée par le juge, la convention de partage de l'autorité parentale, prévue à l'article 8, soit définie d'un commun accord par les parties en présence d'un médiateur, pour satisfaire les besoins d'éducation de l'enfant. L'intervention de cet arbitre impartial et indépendant constituerait une garantie supplémentaire du primat qui doit être accordé en toutes circonstances à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans cette perspective, le tiers vivant sous le toit de l'enfant pourrait bénéficier d'une responsabilité partagée dans l'éducation de l'enfant avec lequel il a noué des liens affectifs.

Pour se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la gratuité de l'accès à la justice, cette médiation familiale serait assortie d'une aide financière, en fonction des revenus des personnes. Confier cette mission à la médiation familiale permettrait en revanche de désengorger la justice et de générer des économies.

Au sein des familles recomposées, le tiers joue dans la plupart des cas un rôle éducatif utile à l'enfant. Il convient donc de définir la place qui lui revient dans l'intérêt supérieur de l'enfant et ce grâce à des solutions simples et efficaces visant à privilégier le pragmatisme et à favoriser le traitement des conflits potentiels en amont de la saisine du juge. L'expérience du Québec, où le contentieux familial diminue régulièrement et où le taux de satisfaction des personnes ayant recours à la médiation atteint 80 %, est à cet égard riche d'enseignements. S'inspirer de cet exemple, c'est faire le choix de procédures souples et modernes, s'inscrivant dans une dynamique revendiquée par les acteurs du droit, répondant à l'intérêt supérieur de l'enfant et adaptées aux besoins des familles.

JEAN LEONETTI

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

Jeudi 30 avril 2009

- Mme Brigitte GUYOT, présidente de chambre à la cour d'appel de Paris ;
- Mme Marie-Bénédicte MAIZY, vice-présidente au tribunal de grande instance de Nanterre, présidente de la chambre de la famille ;
- Mme Marie-Catherine GAFFINEL, juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de Paris.

Jeudi 7 mai 2009

- Pr. Bernard GIBELLO, président de l'association des psychiatres français ;
- M. Pierre LEVY-SOUSSAN, pédopsychiatre ;

Association SOS Papa

- M, Alain CAZENAVE, président ;
- M. Thierry DORIoT, trésorier général.

Jeudi 14 mai 2009

- Dr Maurice BERGER, chef de service en psychiatrie de l'enfant au CHU de Saint-Étienne ;

Association contre l'aliénation parentale

- Mme Olga ODINETZ, présidente ;
- Mme Christine RAVAZ, avocate au barreau de Toulon.

Mercredi 20 mai 2009

- M. Laurent GEBLER, vice-président du tribunal de grande instance de Libourne, juge aux affaires familiales.

Mercredi 27 mai 2009

- Mme Véronique CHAUVEAU, avocate au barreau de Paris ;

Collectif pour l'enfant

- Mme Béatrice BOURGES, porte-parole et présidente de l'association pour la protection de l'enfance ;
- Mme Aude MIRKOVIK, membre du collectif et présidente des juristes pour l'enfance.

Jeudi 28 mai 2009

- M. Christian FLAVIGNY, pédopsychiatre à l'hôpital de la Pitié Salpêtrière ;
- M. Bernard BEIGNIER, professeur de droit privé, doyen de la faculté de droit de Toulouse ;
- M. Hugues FULCHIRON, président de l'université Lyon III.

Fédération nationale de la médiation familiale (FENAMEF)

- Mme Sylvie LACROIX, vice-présidente ;
- Mme Marie-Odile REDUIN, administratrice et présidente de la maison de la médiation.

Mercredi 3 juin 2009

- Mme Geneviève BIO-CROZET, avocate au barreau de Lyon,

Jeudi 4 juin 2009

- M. Philippe MALAURIE, professeur émérite à l'université Panthéon-Assas ;

Union nationale des associations familiales (UNAF)

- M. François FONDARD, président ;
- Mme Chantai LEBATARD, administratrice ;
- Mme Guillemette LENEVEU, directrice générale ;
- M. Paul YONNET, chargé de mission à l'UNAF.

Ministère de l'éducation nationale

- Mme Claire LANDAIS, directrice des affaires juridiques ;
- Mme Marie-Martine BOISSINOT, sous-directrice de la vie scolaire et des établissements ;
- Mme Anne LAVAGNE, chef du bureau de la réglementation.

Jeudi 18 juin 2009

Familles de France

- M. Henri JOYEUX, président ;
- Mme Christiane THERRY, déléguée générale.

Jeudi 25 juin 2009

- Mme Audrey RINGOT, présidente de l'association pour la médiation familiale ;
- Mme Hélène POIVEY-LECLERCQ, avocate au barreau de Paris ;

Association des parents gay et lesbiens

- M. Franck TANGUY, président ;
- Mme Marie-Claude PICARDAT, responsable communication politique.

Inter LGTB

- M. Éric GARNIER, président d'honneur ;
- M. Vincent LOISEAU, secrétaire général ;
- M. Philippe CASTEL, porte-parole.

Jeudi 2 juillet 2009

- M. Yves LEQUETTE, professeur de droit privé international, droit patrimonial de la famille à l'Université Panthéon-Assas ;
- Mme Céline MARCHAL, avocate au barreau de Paris ;

Association Gay Lib

- M. Jean-Michel DURAND, président ;
- Mme Emmanuelle REVOLON, présidente déléguée en charge des dossiers famille et éducation ;
- M. Vincent FIGUREAU, chargé de mission ;
- M. Stéphane DASSE, porte-parole.

Jeudi 9 juillet 2009

- Mme Dominique VERSINI, Défenseure des enfants

Les représentants du collectif « Recomposer »

- Mme Marie-Luce IOVANE-CHENEAU, fondatrice du club des marâtres ;
- Mme Catherine AUDIBERT, psychologue et psychanalyste ;
- M. Louis-Albert STEAYAERT, président de l'association « L'enfant et son droit ».