OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	L'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation en France
Author(s)	Bruggeman, Maryline
Citation	Osaka University Law Review. 2011, 58, p. 93-106
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/4656
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

OSAKA UNIVERSITY LAW REVIEW No. 58 (February 2011) 93-106

L'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation en France[1)]

Maryline BRUGGEMAN*

En droit français, les parents sont titulaires du droit d'autorité parentale sur leur enfant : ils acquièrent cette qualité par le seul établissement du lien de filiation et il n'est plus aujourd'hui que quelques rares exceptions à cette reconnaissance automatique de la qualité de titulaire de l'autorité aux parents. C'est parce qu'ils détiennent ce droit que les parents peuvent exercer certaines prérogatives, telles que le droit de consentir au mariage, à l'émancipation ou à l'adoption de l'enfant : on les dit exceptionnelles puisque leur mise en œuvre libère l'enfant de l'autorité parentale... La titularité ne suscite que peu de difficultés en pratique. Cependant, elle demeure fondamentale en droit français car, sans elle, la question de l'exercice de l'autorité parentale ne se pose même pas !

Il est vrai toutefois que les débats autour de l'autorité parentale en France se concentrent aujourd'hui sur son exercice : si celui qui exerce l'autorité parentale est nécessairement titulaire du droit, détenir le droit d'autorité parentale ne signifie pas nécessairement l'exercer... Autrefois, le Code civil n'admettait pas que l'autorité sur l'enfant puisse être exercée en commun[2)] ; une famille ne pouvait avoir qu'un chef et celui-ci devait être le seul à diriger l'éducation de l'enfant. L'un des parents était donc titulaire de l'autorité parentale mais il ne l'exerçait pas. Cependant, en raison des revendications sociales et des recommandations européennes voire internationales, le législateur dut se résoudre à admettre un exercice en commun de l'autorité par ses deux titulaires. Devenue officiellement « parentale », elle est aujourd'hui exercée en commun dans la quasi-totalité des configurations familiales (I). Néanmoins, le passage, en à peine trente ans, d'un exercice en commun

---

* Maître de conférences, Habilité à diriger des recherches, Université de Toulouse, Faculté de Droit et de Sciences politiques, E.A. 1920 - Axe "Droit des personnes et de la famille"

1) Texte de la communication donnée à l'Université d'Osaka (*Osaka school of law*) le 24 février 2010. *L'auteur tient à remercier tout particulièrement M. le Doyen Matsukawa pour lui avoir fait l'honneur de la solliciter afin de donner sa propre analyse du droit français de l'autorité parentale.*

2) Dictionnaire Littré, V° « commun » : « 2° - Qui se fait en société, ensemble ; qui est conjoint. »

inconcevable à un exercice en commun incontournable aujourd'hui ne peut s'être opéré sans une évolution du sens même de ce que l'on entend par « exercice en commun de l'autorité parentale ». De fait, aujourd'hui, l'effectivité de la collaboration parentale que cette expression sous-entend paraît pour le moins contestable (II).

I. L'exercice en commun de l'autorité parentale, principe général incontesté.

Lorsque l'enfant dispose d'une double filiation établie, l'exercice en commun de l'autorité parentale est posé en principe par la loi ; seul le juge, parfois à la demande des parents, peut alors remettre en cause cette règle. Cette généralisation est le résultat d'une lente évolution législative qui paraissait à de nombreux égards inéluctable (A) ; l'exercice en commun ne connait plus aujourd'hui que de rares exceptions qui, au lieu de remettre en cause le principe, en renforce la portée (B).

A. La généralisation progressive de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Cette lente évolution a débuté par la loi n°70-459 du 4 juin 1970 : l'antique « puissance paternelle » ne reconnaissait que des pouvoirs limités à la mère ; en lui substituant l' « autorité parentale », la loi de 1970 a promu une forme de « démocratie » au sein de la famille. Toutefois, cette nouvelle démocratie familiale ne pouvait se concevoir par temps de crise ! L'exercice en commun n'était envisageable alors qu'au sein d'une famille unie et la séparation parentale conduisait nécessairement à priver l'un des parents de l'exercice de son autorité : il ne conservait que la titularité du droit ainsi que la vocation à en retrouver l'exercice. Lors de séparations parentales, un choix s'imposait entre les deux parents… Qui, du père ou de la mère, exercerait l'autorité parentale après la rupture de l'unité familiale ? C'était, en premier lieu, la loi qui se chargeait d'effectuer ce choix : ainsi, dans un premier temps, la loi refusait-elle l'exercice de l'autorité parentale à celui des époux auquel était imputée la responsabilité du divorce[3)] et

3) Dès l'admission du divorce en droit positif, la loi choisit de distinguer selon les formes de divorce : ainsi, dans le décret du 21 mars 1803, au cas de divorce par consentement mutuel, les parents devaient eux-mêmes décider du parent qui se verrait confier l'enfant – voir article 280 Code napoléon. Mais dans les autres formes de divorce, c'était l'époux qui avait obtenu le divorce qui se voyait confier l'enfant : l'article 302 dans sa rédaction initiale précisait que l'époux innocent se voyait confier les enfants : une exception était prévue « pour le plus grand avantage des enfants ». V. M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, PUAM 2002, n°177 et s. ; « Conventions de rupture et

l'accordait-elle à la mère dans la famille naturelle. Ces solutions légales ont dans un deuxième temps pu être adaptées par l'intervention du juge qui se voyait chargé de garantir l'intérêt de l'enfant[4)]. Malheureusement, les juges confiaient dans la plupart des cas l'exercice de l'autorité parentale à la mère. Cette préférence était jugée injuste par les pères et qualifiée de discriminatoire par les juristes[5)]. Pour échapper à cette critique, notre droit dut alors réagir... Mais étonnamment, le législateur choisit d'y répondre en niant la difficulté même qu'elle révélait, celle du choix entre les parents désunis. Ainsi, refusant d'imposer un tel choix, il a adopté une parfaite neutralité et décidé de ne plus distinguer entre le père et la mère, entre l'homme et la femme, ou entre celui auquel est imputable la rupture et celui qui la subit[6)].

Aujourd'hui, depuis la loi du 4 mars 2002[7)], selon l'article 372 du Code civil, « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale » ; l'article 373-2 répond à ce premier principe en affirmant que « la rupture n'a aucune incidence sur l'exercice de l'autorité parentale ». La loi nie ainsi toute influence de la forme du couple parental ou de sa rupture et fait expressément de l'exercice en commun le principe général. En raison de son affichage en tête du paragraphe consacré à « l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés », ce principe que beaucoup estimaient acquis depuis 1993[8)], revêt aujourd'hui une portée symbolique

---

parenté » *in RRJ – Droit prospectif 2009-1*, p. 155. Ce principe fut maintenu au-delà de la réforme du 4 juin 1970.

4) Ce n'est qu'en 1975 que l'intérêt de l'enfant et non plus le résultat du divorce devint le critère de répartition des droits et devoirs des parents.

5) L'exercice de l'autorité parentale était majoritairement confié à la mère seule : plusieurs raisons pouvaient l'expliquer, *a priori* des juges favorable à la mère, considérations fondées sur la pratique ou bien le fait que les pères eux-mêmes ne demandaient alors que rarement cet exercice (V. I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée,* Rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde des sceaux, ministre de la justice, juin 1998, éd. O. Jacob, La documentation française, p. 195; M. Bruggeman, art. précité).

6) L'emploi par le code civil du terme « parent » de préférence à celui de « père » ou de « mère » accroît et facilite cette neutralité législative.

7) Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (J.O. 5 mars 2002)

8) Dès avant 2002, dans la famille légitime unie, l'ancien article 372 alinéa 1er prévoyait que « *l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents s'ils sont mariés* » et au cas de divorce, l'ancien article 287 du Code civil reprenait le principe - « *l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents* ». L'affirmation était cependant moins nette au regard de la famille dite naturelle, qu'elle soit unie ou désunie : l'article 372 al. 2 du Code civil précisait que l'autorité parentale était exercée en commun si les parents d'un enfant naturel l'ayant tous deux reconnu avant qu'il ait atteint l'âge d'un an vivaient en

plus importante qu'auparavant.

Par conséquent, lorsque le père et la mère exerçaient en commun l'autorité parentale avant leur séparation, il en est de même après la séparation. Seule l'intervention du juge permet de remettre en cause cet exercice en commun. Celui-ci intervient de manière systématique au cas de divorce mais il ne revient qu'exceptionnellement en pratique sur cet exercice en commun. Lors des ruptures des couples non mariés, le juge n'est pas nécessairement saisi : les parents qui exerçaient en commun l'autorité parentale avant la séparation, l'exercent en commun après ; seule une hypothétique saisine du juge peut remettre en cause ce principe mais, là encore, cette solution est rare en pratique. Ainsi aujourd'hui la situation juridique est uniforme en France : les mêmes règles s'imposent à toutes les configurations familiales et aboutissent à une généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Il demeure cependant des hypothèses légales d'exercice unilatéral. Elles paraissent par leur caractère résiduel davantage confirmer la réalité du principe qu'en atténuer la portée...

B. La survivance d'hypothèses d'exercice unilatéral de l'autorité parentale : les exceptions confirment la règle…

En dépit de sa volonté de consacrer la co-parentalité[9)], le législateur n'a pas fait disparaître toutes les hypothèses d'exercice unilatéral. Certaines sont en effet incontournables.

Un exercice unilatéral inévitable : Ainsi en est-il lorsque l'enfant ne dispose

---

commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance ; il subordonnait donc l'exercice en commun de l'autorité parentale à la preuve d'un fait, la communauté de vie. On s'interrogeait alors sur la portée de cette disposition : s'agissait-il de la consécration d'un principe d'exercice commun de l'autorité parentale au sein de la famille naturelle ? La majorité des auteurs estimait que, même s'il demeurait subordonné à la réunion de conditions légales, il s'agissait bien d'un véritable principe, la production de l'acte de notoriété ne constituant qu'un mode de preuve à l'égard des tiers (M. Forgit, « L'exercice conjoint de l'autorité parentale dans la famille naturelle », *Dr. Fam*. mai 1997, 4). Dès lors, dès la réunion des conditions précisées par le texte, l'exercice conjoint de l'autorité parentale devenait le principe sans avoir besoin pour en bénéficier d'en établir la preuve (V. : M. Bruggeman, *op. cit*. n°195 et s. ; H. Fulchiron et A. Gouttenoire-Cornut, « Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993 », *D*. 1997, *chron*., p. 363).

9) V. sur ce terme : C. Neirinck, "Parenté et parentalité, aspects juridiques" *in* M. Delage et Ph. Pedrot (sous la dir.), *Lien familial, lien social,* éd. Presses universitaires de Grenoble 2003, p. 59.

que d'un seul lien de filiation établi ou bien lorsque l'un des parents de l'enfant est décédé ou absent[10]: seul un parent est susceptible d'exercer l'autorité parentale ; dès lors, dans ces hypothèses, cet exercice ne peut être partagé avec quiconque et est confié au seul parent dont l'enfant dispose[11]. Ces hypothèses d'exercice unilatéral de l'autorité parentale sont donc inévitables – sauf à évoquer ici les possibilités de partage au moyen de convention de délégation lesquelles n'aboutissent pas à un exercice en commun de l'autorité parentale[12]. Dès lors, ces hypothèses n'atténuent en rien la portée générale du principe d'exercice en commun de l'autorité parentale. Il en est de même d'autres hypothèses où le législateur privilégie l'exercice unilatéral de l'autorité alors que l'enfant dispose d'une double filiation établie.

Un exercice unilatéral préféré : Il s'agit alors de réminiscences d'une tendance législative aujourd'hui révolue… Autrefois, le législateur se fondait sur la réalité sociale pour proposer des solutions qui lui étaient adaptées : ainsi en 1970, avait-il confié l'exercice de l'autorité parentale dans la famille naturelle à la mère seule en dépit d'un double lien de filiation établi ; il s'était alors fondé sur le fait qu'à l'époque, c'étaient elles qui prenaient majoritairement en charge les enfants. Cette solution, très innovante pour l'époque, était représentative de la sociologie juridique

10) Le parent absent sera considéré comme étant hors d'état de manifester sa volonté et donc, en application de l'article 373 du Code civil, réputé avoir perdu l'exercice de l'autorité parentale. Cet exercice sera alors automatiquement transmis au seul parent présent, ainsi que c'est traditionnellement le cas lorsque l'un des parents décède - C. civ. Art. 373 « *Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* ». Si ultérieurement, un jugement déclaratif d'absence est rendu, le parent absent est formellement considéré comme décédé.

11) Après décès d'un parent qui exerce l'autorité parentale, cet exercice est transmis dans sa totalité au seul parent survivant de l'enfant et ce, de manière automatique même si, avant ce décès, ce dernier n'exerçait pas l'autorité parentale - C. civ. Art. 373-1. En outre, si l'enfant ne dispose que d'un seul lien de filiation, seul le parent ainsi désigné est apte à exercer cette autorité.

12) Les conventions dites de « délégation-partage » ne permettent pas au parent d'exercer l'autorité en commun avec un tiers comme il le ferait avec l'autre parent : d'origine conventionnelle, ce partage demeure sous le contrôle du juge et subordonné à la volonté du parent ; le tiers n'est donc nullement placé dans une position comparable à celle d'un parent titulaire de l'autorité parentale. Par ailleurs, on hésite toujours à reconnaître à ce tiers un quelconque pouvoir de représentation juridique du mineur et rien n'indique que ce partage l'oblige à contribuer d'une manière ou d'une autre à l'entretien de l'enfant. Pourtant, l'administration légale et l'obligation légale d'entretien sont les corollaires systématiques de l'autorité parentale. Il est donc contestable de considérer que ces tiers-*délégataires* puissent être assimilés à un autre parent exerçant l'autorité parentale…

prônée par le Doyen Carbonnier. Elle n'a été remise en cause qu'en 1993 : prenant acte des évolutions sociales, la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 a admis un exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle; elle le subordonnait toutefois à deux conditions, la deuxième reconnaissance ou les reconnaissances concomitantes devant intervenir avant que l'enfant ait atteint l'âge d'un an et alors que les parents vivaient ensemble ; à défaut, l'exercice de l'autorité parentale demeurait entre les mains de la mère qui avait conservé le privilège acquis en 1970[13]. Il était toutefois possible aux deux parents d'obtenir un exercice en commun par une simple déclaration commune devant le greffier en chef du tribunal de grande instance.

La loi n°2002-305 du 4 mars 2002 a repris cette méthode. Certes, a-t-elle supprimé toute référence expresse à la famille naturelle mais le législateur a jugé encore nécessaire d'exclure l'exercice en commun dans des configurations familiales qui montrent par elles-mêmes un manque d'affection porté à l'enfant. Ces situations se présentent plus fréquemment dans les familles hors mariage : lorsque, à l'égard de l'un d'entre eux, la filiation est établie plus d'un an après la naissance ou bien au moyen d'une action judiciaire[14], l'autorité parentale sera exercée par le premier des parents ayant établi son lien avec l'enfant. L'exercice en commun sera écarté mais pourra alors être obtenu, de manière automatique, par simple demande conjointe des père et mère devant le greffier en chef du tribunal de grande instance.

Ces hypothèses d'exercice unilatéral, on le voit, sont aujourd'hui exceptionnelles tant dans la loi qu'en pratique ; par ailleurs, elles ne sont pas inéluctables puisqu'il est toujours possible de revenir au principe d'exercice en commun. Ainsi, loin de remettre en cause le principe, ces solutions législatives confirment que l'exercice commun est bien la solution que le droit français privilégie. Certes faut-il également signaler que, en dehors de ces hypothèses légales résiduelles, les juges, voire les parents eux-mêmes, peuvent privilégier l'exercice unilatéral. Cependant, la pratique montre qu'aujourd'hui, l'exercice en

13) C. civ. Anc. Art. 374

14) C. civ. Art. 372, al. 2 et 3 : « (…) Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant.
L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales. »

commun est très largement choisi par les parents, en particulier par le biais des conventions conclues à l'occasion de la rupture, et que cet exercice en commun n'est que rarement remis en cause par les interventions judiciaires. Plus qu'un principe, l'exercice en commun ressemble davantage à un dogme, une vérité intangible et incontestable[15]. Ce mode d'exercice de l'autorité sur l'enfant n'est-il pas présenté comme le seul compatible avec l'idéal de coparentalité affiché par le législateur ? N'est-il pas réputé être le seul à même de satisfaire le droit de l'enfant à entretenir des liens avec ses deux parents, droit affirmé par la Convention internationale des droits de l'enfant[16]? Pourtant, le caractère absolu de l'affirmation légale et la généralisation de ce mode d'exercice font douter de son effectivité...

II. L'exercice en commun de l'autorité parentale, une effectivité contestable

Ainsi que le précise l'article 371-1, « *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 […]* ». Aujourd'hui, le contenu de l'autorité parentale n'est plus précisé par les textes ; elle n'en demeure pas moins un pouvoir de direction exercé sur la personne de l'enfant, une direction « matérielle », dont le corollaire est un pouvoir de représentation juridique de l'enfant mineur - dénommé « administration légale » en droit français. Exercer en commun ces prérogatives implique en principe de recueillir l'accord des parents sur chaque décision prise à l'égard de l'enfant (1). La généralisation du principe d'exercice commun, y compris lorsque les parents sont séparés, semble avoir modifié le sens que l'on attache traditionnellement à un exercice en commun de la fonction d'autorité…(2).

1. Le sens à donner à l'exercice en commun de l'autorité parentale : l'exigence d'un double accord

Que signifie « exercer en commun » l'autorité parentale ? On considère de manière traditionnelle que cela implique pour les parents de prendre d'un commun accord les décisions relevant de l'autorité parentale – ceci explique pourquoi on a

15) *Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, V° "dogme" : "1. point de doctrine établi ou regardé comme une vérité fondamentale, incontestable; opinion émise comme une certitude; une vérité indiscutable".

16) CIDE art. 9

longtemps estimé impossible pour un couple séparé d'exercer en commun leur fonction parentale. Cette analyse se fondait autrefois sur plusieurs textes dont subsiste aujourd'hui dans le Code civil le principal, l'article 372 alinéa 1, qui affirme que « l'autorité parentale est exercée en commun »[17]. Cette analyse demeure confirmée, de manière indirecte, par la possibilité offerte aux parents de se dispenser d'apporter la preuve du double accord pour les actes usuels de l'autorité parentale. En effet, dès que notre droit a admis la possibilité d'exercer en commun l'autorité sur l'enfant, il a jugé nécessaire de faciliter cet exercice en commun pour les décisions les moins graves et a créé pour cela une présomption d'accord à l'égard des tiers[18]. Ainsi, depuis 1970, l'article 372-2 du Code civil dispose que : « *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* ». Il ne s'agit pas ici de déroger à l'exigence d'un double accord : même pour les actes usuels, l'accord d'un seul ne saurait suffire ! Cependant, les tiers sont dispensés alors d'exiger la preuve de ce double accord et si les tiers ont connaissance du désaccord parental, ils ne peuvent se contenter de la volonté d'un seul. Le fondement de cette règle réside dans la notion même d'acte usuel[19] que l'on a coutume de définir, de manière positive, comme un "acte bénin, habituel, qu'il est d'usage d'accomplir dans la vie quotidienne" ou, de manière négative, comme un acte "n'opérant aucune rupture avec le passé de l'enfant et n'engageant pas son avenir"[20].

---

17) L'ancien article 372-1-1 précisait que « *si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle* » : cela confirmait qu'un accord entre les parents était nécessaire – la référence à la pratique a aujourd'hui presque totalement disparu si ce n'est à l'article 373-2-11 – « *Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : 1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure* (…) ».

18) L'application à la lettre de ce principe poserait nécessairement des difficultés : toute décision prise au regard de la vie de l'enfant impliquerait d'obtenir l'accord des deux parents. Les tiers concernés devraient à chaque fois exiger la preuve de l'accord des deux parents : double signature des parents pour permettre une sortie scolaire, double signature du bulletin scolaire, preuve de l'accord des deux parents lors d'une visite médicale…. Le législateur a souhaité faciliter la vie des parents et prévu à cette fin une exception à l'exigence du double accord lorsque la décision prise à l'égard de l'enfant relève de l'usage.

19) C'est une « notion cadre » dont le contenu est laissé à l'appréciation du juge - J. Rubellin-Devichi (sous la direction de), *Droit de la famille*, 2nde éd., 1999, Dalloz action, n°1886.

20) Serait un acte usuel l'inscription d'un enfant mineur sur le passeport d'un parent divorcé et sa sortie du territoire national (Conseil d'Etat, 8 février 1999, n°173126, *Mme D., RJPF* mai

Mais, loin de dispenser les parents d'agir de manière consensuelle quant à la direction à donner à la vie de l'enfant, cette règle de l'article 372-2 confirme cette exigence. Elle corrobore l'analyse traditionnelle de l'exercice en commun de l'autorité parentale ; il s'agit d'un exercice collectif, en collaboration, de l'autorité parentale. Cette analyse trouve des prolongements au regard de la représentation légale et de la responsabilité civile : c'est parce qu'ils exercent d'un commun accord l'autorité sur l'enfant que chacun exerce sa fonction de représentation sous le contrôle de l'autre dans le cadre de l'administration légale pure et simple ; et c'est parce qu'ils exercent d'un commun accord cette autorité qu'ils doivent l'un et l'autre assumer de plein droit la responsabilité des dommages causés par leur enfant mineur. Ces solutions ne se justifient que parce que les décisions prises à l'égard de l'enfant sont censées recueillir leur double assentiment...

On comprend dès lors que cette nécessaire collaboration parentale ait conduit autrefois à douter de l'opportunité de maintenir un exercice en commun après séparation parentale. Un changement radical s'est donc produit, du doute à l'évidence, et ne peut qu'interpeler l'analyste.... Les parents désunis seraient-ils devenus vertueux au point de mettre nécessairement de côté leurs dissensions lorsqu'il s'agit de prendre des décisions au regard de leur enfant ? A l'évidence, non… La conciliation entre désaccord parental et exercice en commun semble donc s'être effectuée au prix d'un dévoiement du sens attaché à l'exercice en commun de l'autorité parentale.

2. Vers un exercice alterné de l'autorité parentale ?

L'autorité parentale est un pouvoir de décision qui s'exerce au jour le jour sur l'enfant. Dès lors, sa présence au quotidien auprès des parents est fondamentale : à défaut, comment exercer un contrôle sur la vie de l'enfant, sur ses fréquentations, sur son éducation, sur son comportement ? Comment en outre prendre les décisions

---

1999, 22, note A.–M. Blanc ; *les petites affiches* 3 septembre 1999, 12 ou *Defrénois* 1999, art. 37031, n°68, note J. Massip ; *D*. 2000, *Somm*., 161, obs. F. Vauvillé ; *Droit de la famille* avril 1999, 18, note P. Murat ; Confirmée par Ord. du Conseil d'état 4 déc. 2002, *AJ famille mars 2003, 103 obs. F.B ; RTD civ. 2003, p. 259, obs. J. Hauser*). Les dangers suscités par cette position ont conduit le législateur à permettre au JAF au cas de séparation parentale d' « *ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents* » - C. Civ. Art. 373-2-6 dernier alinéa. En revanche, ne saurait être un acte usuel le fait d'autoriser un enfant à passer à la télévision (CA Versailles 11 septembre 2003, *TF1 et Sunset presse c/ Mme Y.*) ni La circoncision, rituelle ou médicale, de l'enfant (CA Paris 29 septembre 2000, D. 2001, J., 1585, note C. Duvert).

appropriées lorsqu'elles s'imposent si l'enfant n'est pas auprès de soi ? C'est pourquoi la garde autrefois, la résidence aujourd'hui, est devenue un enjeu capital lors des séparations parentales ; cet enjeu a supplanté celui de l'exercice de l'autorité, acquis de manière quasi-systématique aujourd'hui, aux deux parents.

De la résidence alternée à l'inutile concertation parentale. L'enfant est domicilié chez ses parents ; ces derniers, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, décident de son lieu de vie, de sa résidence… Lorsque les parents exercent en commun leur autorité sur l'enfant, ils doivent décider d'un commun accord de sa résidence, ce qui se révèle délicat lors de séparations parentales ! Lorsque le législateur a admis la possibilité pour des parents séparés d'exercer en commun l'autorité parentale, il n'a pas réglé cette délicate question - ou du moins la régla-t-il d'une manière qui n'a pas satisfait les couples séparés! Ainsi le Code civil continuait-il d'exiger que soit fixée une résidence habituelle à l'enfant[21)]; le parent chez lequel n'était pas fixée la résidence habituelle ne disposait alors que d'un droit de visite et d'hébergement[22)]. Cette situation était critiquée et jugée discriminatoire car bien souvent les mères étaient privilégiées. Les juges du fond avaient tenté de promouvoir une garde partagée entre les parents exerçant à égalité l'autorité parentale mais ces solutions pratiques étaient contraires à la loi ainsi que la cour de cassation le rappela de manière solennelle en 1983 et 1984[23)].

C'est donc le législateur qui s'empara de la question : dans sa volonté d'affirmer la coparentalité, le législateur de 2002 a admis expressément la possibilité d'une résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents séparés[24)]. Allant au-delà de l'objectif initial, il a marqué sa faveur pour cette modalité d'exercice de l'autorité parentale en permettant au juge de l'imposer à l'essai à ceux qui ne la souhaiteraient pas[25)] … Pour autant, le législateur n'a pas jugé utile

21) Le terme « résidence » a été substitué à celui de « garde » par la loi n°87-570 du 22 juillet 1987 (JO 24 juillet) – C. Civ. anc. Art. 287 : « selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents après que le juge ait recueilli leur avis, soit par l'un d'eux. En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le juge indique le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle. »

22) C. Civ. anc. Art. 288 al. 4 : « En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le parent chez lequel les enfants ne résident pas habituellement contribue à leur entretien et à leur éducation à proportion de ses ressources et de celles de l'autre parent.

23) Cass. Civ. 2ème 21 mars 1983, Bull. Civ. II, n°86 ; Cass. Civ. 2ème 2 mai 1984 Bull. Civ. II, n°78.

24) C. civ. Art. 373-2-9 al. 1er : « En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. »

25) C. civ. Art. 373-2-9 al. 2 : « A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre

de préciser ce qu'il entendait par « résidence en alternance »[26]; il n'en a pas davantage précisé les conséquences fiscales ou juridiques. Ce sont donc les tribunaux qui devront répondre à ces questions : à cet égard, la Cour de cassation a rappelé qu'au cas d'alternance « les juges du fond peuvent, si l'intérêt de l'enfant le commande, compte tenu des circonstances de la cause, décider d'une alternance aboutissant à un partage inégal du temps de présence de l'enfant auprès de chacun de ses parents »[27].

On s'accorde à définir la résidence alternée comme le fait de fixer la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents. Dès lors, on comprend que, loin de promouvoir la codécision, ce mode de résidence épargne aux parents l'effort de la coopération[28]. Loin d'instaurer une co-parentalité, l'alternance transforme l'exercice conjoint en un exercice alternatif de l'autorité parentale. L'enfant est soumis tour à tour à l'autorité de son père puis à celle de sa mère ; il est donc en réalité soumis à deux autorités unilatérales qui se succèdent à chaque fois que l'enfant change de résidence… Il vit tour à tour dans un monde différent, à un rythme différent, selon des règles différentes. Le législateur a même indirectement consacré cette analyse en ajoutant un alinéa à l'article 373-2-9 à l'occasion de la loi relative à la protection de l'enfance[29] selon lequel lorsque les

---

eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

26) on s'accorde à la définir comme le fait de fixer la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents.

27) Cass. Civ. 1ère 25 avril 2007, N° de pourvoi: 06-16886, *Dr. Fam*. Juil.-août 2007, comm. 143, p. 28, obs. P. Murat : « Mais attendu, que l'article 373-2-9 du code civil n'impose pas, pour que la résidence d'un enfant soit fixée en alternance au domicile de chacun des parents, que le temps passé par l'enfant auprès de son père et de sa mère soit de même durée ; que les juges du fond peuvent, si l'intérêt de l'enfant le commande, compte tenu des circonstances de la cause, décider d'une alternance aboutissant à un partage inégal du temps de présence de l'enfant auprès de chacun de ses parents ».

28) Exemple : il est inutile au père d'exiger de la mère que son fils fasse du tennis puisqu'il peut lui prodiguer des cours de tennis lorsqu'il est hébergé chez lui ; il est inutile à la mère d'imposer au père que l'enfant révise ses devoirs puisque lors de son retour, elle pourra s'en assurer !

29) Il est toujours intéressant d'étudier la "mécanique" des réformes législatives … C'est à l'occasion de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance* (J.O. 6 mars 2007) que cet article relatif à l'autorité parentale a été modifié ; cette modification, pour anodine qu'elle paraisse, annonce pourtant un retour en arrière sans précédent dans le droit de l'autorité parentale ! La situation où les deux parents exercent l'autorité parentale est ainsi assimilée à celle résultant d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Le fait

parents n'ont pas convenu d'une résidence alternée, celui qui n'a pas la résidence principale de l'enfant dispose d'un droit de visite et d'hébergement. Ceci signifie ainsi que celui qui n'a pas la résidence de l'enfant est dans les faits dans une situation identique à celle d'un parent n'exerçant pas l'autorité parentale ; cela confirme donc que l'exercice de l'autorité parentale n'est effectif que si l'enfant est auprès du parent[30)] et, indirectement, nie le besoin de coopération parentale que sous-entend la conception traditionnelle de l'exercice en commun.

L'enfant, grand oublié de l'évolution législative ? L'exercice en commun, au sens d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, se révèle ainsi être un leurre lorsque les parents sont séparés... La loi a parfois besoin d'afficher des principes que chacun sait ineffectifs. Toutefois, il ne faut pas que du fait de cet affichage, la loi en oublie l'objectif premier de son intervention, l'intérêt de l'enfant en l'occurrence.

Même si les ruptures familiales se multiplient et deviennent aujourd'hui « monnaie courante », les enfants n'en sortent pas toujours indemnes. Le Défenseur des enfants a choisi de consacrer son rapport annuel 2007 à la situation des adolescents[31)]: le tableau dressé par le rapport est dramatique tant sur le plan médical, que psychologique. Les adolescents français souffrent mille maux : conduites à risque (alcoolisme, usage de stupéfiants, suicides), troubles psychologiques graves... Sans en identifier avec précision les causes, le rapport montre du doigt les défaillances des politiques publiques – notamment le manque de structures spécifiques de prise en charge des adolescents. L'existence d'un malaise adolescent est étayé par de nombreuses études : ainsi de nombreux témoignages d'enfants soumis à la résidence alternée[32)] mettent en évidence les

---

qu'une telle évolution soit intervenue à l'occasion d'une réforme de la protection de l'enfance laisse songeur....

30) V. not. CA Paris 19 septembre 2002, AJ. Famille février 2003, p.66, obs. F. B. : un enfant dont les deux parents exerçaient l'autorité parentale résidait chez la mère, le père disposant d'un large droit de visite et d'hébergement ; la mère souhaitant réduire l'ampleur de ce droit de visite faisait valoir que le père était fréquemment défaillant dans l'exercice de son droit de visite ; en réponse, celui-ci faisait valoir que ses défaillances étaient dues au trop grand nombre d'activités sportives menées par l'enfant à l'initiative de la mère seule – non acceptées par le père ! La Cour d'appel a décidé que chacun devant conserver des liens avec l'enfant et respecter ce lien avec l'autre parent, cela devait prévaloir sur toute autre considération notamment sur les activités sportives qui décidées à l'initiative de la mère seule ne devait pas s'imposer au père qui exerce lui aussi l'autorité parentale…

31) *Adolescents en souffrance*, rapport thématique Défenseur des enfants 2007 (http://www.defenseurdesenfants.fr/pdf/RappThem2007.pdf), spéc. p. 19.

32) J. Phélip (sous la dir.), *Le livre noir de la garde alternée*, Dunod 2006.

difficultés que rencontrent ces enfants sans cesse ballottés d'une maison à une autre et instrumentalisés dans le conflit permanent de leurs parents. Nombreux sont ceux qui s'interrogent sur la finalité de la résidence en alternance : n'a-t-elle pas été davantage imaginée pour satisfaire les revendications des adultes que l'intérêt de l'enfant et ne contrevient-elle pas alors à l'objectif de l'autorité parentale affiché par l'article 371-1 du Code civil[33)]?

N'aurait-on pu privilégier une autre solution que celle choisie ? Cette évolution s'explique : ne pas exercer l'autorité sur son enfant paraît aujourd'hui déshonorant. Pourtant, un exercice unilatéral de l'autorité sur l'enfant revêt de réels avantages pour l'enfant grâce en particulier à la stabilité que cela lui confère ! Quand l'autorité parentale est exercée unilatéralement, c'est celui qui est investi de cet exercice qui prend les décisions au jour le jour à l'égard de l'enfant mais doit nécessairement consulter l'autre parent pour les décisions graves relevant des prérogatives exceptionnelles de l'autorité parentale. Pour les autres décisions, il décide seul mais est soumis à la surveillance de l'autre parent qui dispose aux termes mêmes de la loi d'un droit de surveillance lui permettant de contester les décisions prises[34)]. L'enfant réside auprès du parent exerçant l'autorité parentale, la proximité de l'enfant au quotidien étant indispensable à la mise en oeuvre efficace de l'autorité sur l'enfant, mais l'autre parent dispose sauf motifs graves d'un droit de visite et d'hébergement[35)]. L'enfant n'est donc nullement privé de ses liens avec l'autre parent. Certes, les prérogatives reconnues au parent n'exerçant pas l'autorité mériteraient d'être renforcées, mais ce mode d'exercice comporte d'ores et déjà de sérieux avantages : l'enfant y conserve un lien avec ses deux parents sans que sa stabilité soit sacrifiée ; certaines difficultés qui apparaissent au regard de l'administration légale[36)] seraient ainsi résolues. Il paraît néanmoins peu probable qu'une telle évolution se produise ; aujourd'hui le « dogme de la coparentalité » a remplacé la réflexion concrète dans le domaine de l'autorité parentale, celle-ci étant

33) Voir également M. Lasbats, « Résidence alternée et besoins de l'enfant : l'opinion des psychologues », AJ. Fam. Avril 2005, p. 140.

34) C. civ. Art. 373-2-1 al. 3 « Ce parent conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il doit respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 371-2 » - ce dernier texte prévoyant la contribution des parents à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources et des besoins de l'enfant.

35) C. civ. Art. 373-2-1 al. 2 : « L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves ».

36) V. M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale, op. cit*. n°251 et s.

davantage conçue comme une fonction symbolique que comme une véritable autorité dont dépend l'avenir de l'enfant.

L'autorité parentale est indéfectiblement liée à l'environnement social et culturel dans lesquels les familles évoluent ; elle ne peut en être détachée... Il serait donc faux de croire pouvoir transposer les principes de solution ici décrits à d'autres lieux et à d'autres moeurs. Le droit français actuel est le résultat d'une évolution lente, fortement guidée par les recommandations internationales et européennes. Il demeure fondé sur des principes essentiels et traditionnels comme la distinction opérée entre la titularité du droit de l'autorité parentale et son exercice. Celle-ci est fondamentale : c'est elle qui justifie que notre droit maintient des hypothèses d'exercice unilatéral de l'autorité parentale car celui qui se voit refuser cet exercice conserve malgré tout, en raison de son droit d'autorité parentale, certaines prérogatives à l'égard de l'enfant.

Néanmoins, les phénomènes tels que la multiplication des ruptures de couple, la montée en force des revendications individuelles, la concurrence des nouvelles formes de vie conjugales, sont à l'évidence aujourd'hui universels et révèlent l'utilité du droit comparé de la famille. Rechercher les solutions adoptées à l'étranger pour résoudre des problèmes identiques permet d'aider à faire un choix mais, pour trouver la solution adéquate, encore faut-il éviter les écueils que l'expérience étrangère met en lumière...