

CHAPITRE 2

LES ENFANTS

Si vous avez un ou des enfants, c'est le problème capital de votre séparation.

Que vous soyez marié, pacsé ou en concubinage, les enfants qui sont nés de votre union, enfants dits légitimes (nés dans le mariage) ou naturels (nés hors mariage) sont tous soumis au même statut depuis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale.

La situation de séparation va entraîner pour vos enfants une modification inévitable de leurs conditions de vie affectives et matérielles, et souvent financières, ainsi que de vos rapports avec eux, selon qu'ils habiteront avec vous, avec votre conjoint ou votre compagnon ou compagne.

Les premières questions qui vous viennent pêle-mêle à l'esprit sont essentiellement les suivantes :

- Auquel de nous deux vont être confiés nos enfants ?
- Sur quels critères ?
- Comment seront organisés leurs rapports avec chacun de nous ?
- Quelle aide financière recevra celui qui en aura principalement la charge ?

Tous les « *professionnels du divorce* » (magistrats, avocats, psychologues, etc.) s'accordent à dire que l'équilibre des enfants suppose le maintien de la présence autour d'eux de leurs deux parents. En conséquence, il faut à tout prix, dans leur intérêt, trouver les solutions qui permettront, au-delà de la disparition du couple « *conjugal* », de maintenir au maximum le couple « *parental* ». Il va vous falloir faire passer l'intérêt de vos enfants avant vos querelles personnelles.

Il est donc préférable que vous fassiez cette démarche intellectuelle dès à présent et par vous-même, si vous n'en êtes pas déjà convaincu, et ce d'autant plus que vos enfants peuvent désormais, depuis la loi du 8 janvier 1993, sous certaines conditions, être entendus et assistés dans le cadre de votre procédure de séparation, pour les mesures les concernant. En effet, cette loi a intégré dans notre droit (sous l'article 388-1 du Code civil) le principe de la reconnaissance du droit d'expression des mineurs posé à l'article 12 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant.

Quels sont vos droits et quels sont vos devoirs de parents unis hier, et désunis aujourd'hui ?

1. L'AUTORITÉ PARENTALE OU LE DROIT DE L'ENFANT D'AVOIR DEUX PARENTS

Pendant toute la durée de votre vie commune, vous avez exercé en commun avec votre conjoint ou compagnon l'autorité dite « *parentale* » (parce qu'exercée conjointement par les père et mère) sur vos enfants pour les protéger dans leur sécurité, leur santé et leur moralité.

Vous avez sur eux un droit de garde, de surveillance et d'éducation, mais vous avez également à leur égard un devoir de même nature. Vous devez assurer leur éducation et permettre leur développement dans le respect dû à leur personne.

Concrètement, chaque fois que vous avez pris des décisions pour eux (l'inscription dans une école publique ou privée, le choix d'une opération ou d'un traitement médical, la poursuite d'une éducation religieuse, etc.), vous avez exercé votre autorité parentale.

Ce principe général est édicté par l'article 372 du Code civil : « *Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.* »

1.1 Le principe : l'exercice en commun de l'autorité parentale (article 373-2 du Code civil) ou le droit de l'enfant d'avoir deux parents

L'article 373-2 du Code civil dispose que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale* ».

En termes clairs, après leur séparation, les père et mère continuent d'exercer en commun l'autorité, c'est-à-dire qu'ils continueront, comme au temps de la vie commune, à prendre ensemble toutes les décisions déterminantes pour l'enfant : l'école, les voyages à l'étranger, les problèmes médicaux, la pratique religieuse, le choix d'une profession, etc.

La notion d'exercice en commun de l'autorité parentale est indépendante du lieu de résidence de l'enfant, laquelle peut être fixée chez l'un des parents ou alternativement chez chacun d'entre eux.

Le juge a une double mission qui est de veiller « *spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* » et de « *garantir la continuité*

et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents » (article 373-2-6 du Code civil).

Les avantages de l'exercice en commun de l'autorité parentale

► Le premier avantage est d'obliger les parents à dépasser leurs querelles personnelles et à maintenir le dialogue concernant leurs enfants.

► Le second avantage est de permettre au parent qui n'aura pas la résidence habituelle de l'enfant, en continuant d'être associé aux grandes décisions le concernant, de ne pas ressentir la frustration d'être seulement le parent des fins de semaine et des vacances, ou le parent nourricier, et de se considérer, après la séparation, comme toujours investi de responsabilités envers l'enfant.

Le standard du droit de visite et d'hébergement du parent qui n'a pas la résidence habituelle de l'enfant (première, troisième et éventuellement cinquième fins de semaine et la moitié des vacances) instaure des contacts peu fréquents entre le parent chez lequel l'enfant ne vit pas au quotidien et conduit à une inévitable fragilisation du lien entre l'enfant et le plus généralement son père.

L'exercice conjoint de l'autorité parentale permet d'assurer la continuité d'un lien entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui.

► Un autre avantage consiste pour le parent qui a la résidence habituelle de l'enfant (le plus souvent la mère) à ne pas se sentir seul face aux décisions de plus en plus préoccupantes à prendre concernant les enfants (notamment au moment de l'adolescence).

Les inconvénients de l'exercice en commun de l'autorité parentale

► L'autorité parentale conjointe suppose tout de même une entente réelle entre les parents. Elle peut être minimale au moment de la séparation, s'améliorer avec le temps ou varier selon les périodes.

► De surcroît, elle suppose chez le parent qui vit avec l'enfant beaucoup de vigilance car il ne faut pas qu'il prenne l'habitude de prendre seul, par commodité, toutes les décisions – à l'exception toutefois de celles courantes, pour lesquelles il n'aura pas toujours le temps de contacter l'autre parent.

Lorsque les parents vivaient ensemble, ils étaient, chacun, réputés agir avec l'accord de l'autre, à l'égard des tiers de bonne foi, quand ils faisaient seuls un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant (article 372-2 du Code civil).

Il sera prudent de prévoir qu'après la séparation, en cas uniquement d'urgence médicale ou scolaire, chaque parent continue de représenter l'autre vis-à-vis des autorités médicales ou des responsables d'établissements scolaires.

► Enfin, des domiciles éloignés (un parent à l'étranger par exemple) peuvent compliquer la communication entre les parents, voire la rendre impossible. Toutefois, les moyens de communication actuels rendent cet argument fragile.

1.2. La résidence habituelle de l'enfant

La résidence habituelle de l'enfant (c'est-à-dire son lieu de vie au quotidien) peut être fixée au domicile de l'un ou l'autre des parents ou, en alternance, au domicile de chacun des parents.

Quelles sont les conséquences de la fixation de la résidence habituelle de l'enfant pour le parent qui en est bénéficiaire ?

► Le parent chez qui la résidence habituelle des enfants est fixée va bénéficier des avantages sociaux et fiscaux : allocations familiales et demi-parts fiscales.

► Il devra, en revanche, ajouter à ses revenus la contribution à l'entretien des enfants qui sera versée par l'autre parent (lequel pourra, corrélativement, la déduire).

► Il est nécessaire qu'il soit assuré en responsabilité civile. Il résulte des dispositions de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil (« *le père et la mère en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ») qu'une présomption de responsabilité pèse sur les parents qui doivent assumer la réparation du dommage causé par leurs enfants mineurs résidant habituellement avec eux. C'est une responsabilité de plein droit dont les parents ne peuvent être exonérés que par la force majeure ou la faute de la victime. Les parents sont solidairement responsables lorsque

l'enfant réside avec eux. Dans le cadre de l'assurance multirisque habitation, on trouve précisément cette garantie à raison des agissements dommageables des enfants. Il est prudent que chaque parent continue de s'assurer à ce titre individuellement (y compris celui qui n'a pas la résidence habituelle). Vérifiez-le bien auprès de votre assureur.

Quels sont les droits et devoirs du parent chez qui la résidence habituelle de l'enfant n'est pas fixée ?

► Son droit d'hébergement n'est soumis à aucune règle particulière et le principe est donc qu'il s'exerce librement, mais un droit de visite et d'hébergement de principe est fixé par le juge pour permettre au parent d'exiger l'exercice de ses droits s'il y avait une difficulté.

Cette formule, tout en respectant la liberté d'organisation des parents, permet d'éviter d'avoir à recourir systématiquement au juge à chaque problème non surmonté, les parents appliquant alors les modalités prévues par ce « *garde-fou juridique* ».

Concrètement, le juge indiquera par exemple que :

- le droit de visite et d'hébergement du père (ou de la mère) s'exercera librement ;
- néanmoins, sauf meilleur accord des parents, ce droit s'exercera de la façon suivante, par exemple (selon l'usage classique) : les première, troisième et éventuellement cinquième fins de semaines de chaque mois, du vendredi soir ou samedi matin à la sortie des classes jusqu'au dimanche soir à 19 heures (voire jusqu'au lundi matin à la rentrée des classes) ; la moitié des vacances scolaires, petites et grandes : première moitié les années paires, seconde moitié les années impaires ; le tout à charge pour le père (ou la mère) de prendre, ou faire prendre, et de ramener, ou faire ramener, les enfants à l'école ou au domicile de la mère (ou du père).

Toutefois, un droit d'hébergement entièrement libre peut être fixé par le juge pour un adolescent en conflit grave avec le parent qui ne l'héberge pas à titre principal. C'est une forme de reconnaissance d'une certaine autonomie du mineur.

Par ailleurs, le juge peut être conduit à fixer un droit de visite réduit et progressif concernant de très jeunes enfants, notamment lorsque l'enfant ne connaît pratiquement pas l'autre parent ou pour les

vacances d'été où des périodes de quinze jours sont souvent préférées à une durée d'un mois (une coupure de 4 semaines étant trop longue pour de jeunes enfants).

►► Dans un cas très particulier d'un enfant que son père n'a pu voir depuis sa naissance (la petite fille a 16 mois), le juge aux affaires familiales de Bobigny lui accorde pendant quatre mois un droit de visite et d'hébergement une fin de semaine sur deux du samedi 12 heures au dimanche 19 heures, puis, après cette période de prise de contact, la possibilité de prendre l'enfant pendant la moitié des petites vacances scolaires et les quinze premiers jours des vacances d'été. Le juge espère en un dialogue des parents et une possibilité d'élargir ce droit du père les fins de semaine dès le vendredi soir et quinze jours supplémentaires pendant l'été.

► Le parent doit à l'autre une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

L'article 371-2 du Code civil dispose que « *chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ».

La contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les montants des contributions généralement fixés à ce titre par les juges sont étudiés plus loin (cf. même chapitre, § 3).

Quelles sont les conséquences pour les deux parents ?

► Il a été précisé que les parents restent solidairement responsables au plan civil des dommages causés par leurs enfants mineurs, dès lors qu'ils continuent d'exercer ensemble sur eux l'autorité parentale. Il est donc nécessaire que chacun des parents soit assuré à ce titre.

► Chaque parent est, à l'égard des tiers de bonne foi, réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale.

En cas de litige, qui tranche ?

C'est le juge aux affaires familiales (le JAF) du tribunal de grande instance du domicile de l'enfant qui est compétent pour trancher tous les problèmes liés à l'exercice de l'autorité parentale.

► L'exercice en commun de l'autorité parentale peut lui-même être remis en question au bénéfice d'un exercice individuel de l'autorité parentale.

Selon les dispositions de l'article 373-2-1 du Code civil, « *si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents* ».

► Le juge aux affaires familiales est également conduit à trancher les conflits existant entre les parents qui peuvent concerner, par exemple :

- les choix scolaires ;
- les options religieuses ;
- les actes d'administration sur les biens de l'enfant, qui nécessitent l'accord des deux parents ;
- la fixation ou la modification des modalités d'exercice du droit d'hébergement.

L'article 373-2-11 du Code civil prévoit que « *le juge prend notamment en considération la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure* ».

► Dans tous les autres cas, c'est le juge aux affaires familiales qui restera également compétent, par exemple pour :

- fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale en cas de changement de résidence de l'un des parents (article 373-2 du Code civil selon lequel « *tout changement de résidence de l'un des parents dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien à l'éducation de l'enfant* »);
- le changement de la résidence habituelle de l'enfant ou des modalités du droit de visite et d'hébergement du parent chez qui la résidence habituelle des enfants n'est pas fixée.

1.3. La dérogation au principe : l'exercice unilatéral de l'autorité parentale (article 373-2-1 du Code civil)

Lorsque « *l'intérêt de l'enfant le commande* », par exemple par dangerosité d'un parent ou lorsque les parents éprouvent l'un pour l'autre une trop grande hostilité pour que l'autorité parentale puisse s'exercer en commun, le juge attribue à l'un la plénitude de l'exercice de l'autorité parentale, tandis que l'autre bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement (sauf « *motifs graves* ») et en tout état de cause d'un droit et d'un devoir de surveillance de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant. Il doit respecter son obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le droit à l'information, qui concerne les choix importants relatifs à la vie des enfants, marque la même volonté d'inciter les parents à coopérer dans l'intérêt des enfants. Ces choix sur lesquels le parent non gardien doit être informé sont, par exemple : le choix de la profession, de longs séjours à l'étranger, des traitements médicaux importants, etc. Mais cette obligation d'information n'implique pas le pouvoir de décision, puisque le parent qui informe n'a pas l'obligation d'obtenir l'accord de l'autre : il suffit qu'il le mette au courant. Il doit d'ailleurs prendre la précaution de conserver la preuve que l'information a été donnée, en écrivant si nécessaire en lettre recommandée avec accusé de réception.

Quelles sanctions envisager en cas de non-respect du droit à l'information du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale ?

Elles ne sont pas prévues par la loi, et il serait impensable que toute décision prise sans consultation de l'autre soit considérée comme nulle.

Il semble que le parent en désaccord avec une décision prise puisse seulement saisir le juge aux affaires familiales pour demander une modification des conditions de l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi les pouvoirs en « *trompe-l'œil* » du parent non gardien sont un argument supplémentaire en faveur de l'exercice en commun de l'autorité parentale.