



## Osaka Gakuin University Repository

Title	L'exercice Conjoint de l'autorité Parentale Après Séparation
Author(s)	Hugues Fulchiron
Citation	大阪学院大学 法学研究 (OSAKA GAKUIN LAW REVIEW), 第 44 卷 第 1 号 : 28-60
Issue Date	2017.9.30
Resource Type	Article/ 論説
Resource Version	
URL	
Right	
Additional Information	

〈Article〉

# L'exercice Conjoint de l'autorité Parentale Après Séparation

Hugues Fulchiron

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur du Centre de droit de la famille

Institut universitaire de France

## Introduction

*C'est un grand honneur pour moi de parler devant vous ce soir et je voudrais remercier les organisateurs de cette conférence et tout particulièrement mon ami le professeur Tadaki Matsukawa de m'offrir cette magnifique occasion. J'en suis d'autant plus heureux que cette conférence me donne l'impression (l'illusion) de rajeunir. Il y a 25 ans, grâce déjà au professeur Matsukawa, je suis venu au Japon pour faire des recherches sur les procréations médicalement assistées (on présentait alors l'importance qu'allait prendre le problème) et j'ai eu l'occasion de faire une conférence... sur l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les familles désunies. Je ne sais pas si, comme les vins français, je me suis « bonifié » en vieillissant...*

(1)

*J'espère au moins répondre, à travers l'exemple du droit français, avec ses avantages mais aussi ses limites, aux questions que se posent aujourd'hui les juristes japonais.*

Selon l'article 373-2 du code civil français, «*La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale*». Les parents qui, sauf cas très particuliers, exerçaient en commun l'autorité parentale pendant la vie commune, continuent à exercer ensemble leur responsabilité de parents après la séparation. La règle vaut pour les parents divorcés, comme pour les parents mariés séparés de fait ou les parents non mariés qui se séparent.

A l'évidence, il serait faux de croire que la séparation ne bouleverse pas la vie des enfants, comme elle bouleverse celle des parents, et le législateur français en a bien conscience. En affirmant que la séparation n'a pas d'incidence «juridique» (elle en a bien d'autres sur le plan psychologique, social et économique...) sur les règles de *dévolution* de l'exercice de l'autorité parentale, il entend seulement poser un principe et proposer un modèle, dans l'espoir d'influencer les pratiques<sup>1)</sup>.

En un peu plus de trente ans, depuis l'époque où j'ai connu le professeur Tadaki Matsukawa à Lyon alors que je venais de soutenir ma thèse sur le sujet<sup>2)</sup>, le droit français a connu une évolution radicale, dans la famille

---

1) Sur la fonction pédagogique des lois, cf. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd. 1995

2) *Autorité parentale et parents séparés*, Ed. CNRS, 1985

fondée sur le mariage et plus encore dans la famille créée hors mariage.

Comme la plupart des systèmes juridiques, le système légal français fut longtemps dominé par le souci de confier l'enfant à un seul de ses parents, afin d'assurer l'unité de sa direction et de le préserver des conflits parentaux. Après divorce, le Code Napoléon donnait comme consigne au juge de confier les enfants «*à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal [...] n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne*<sup>3)</sup>». Les lois du 4 juin 1970 et du 11 juillet 1975, tout en affirmant que le seul critère à prendre en considération était l'intérêt de l'enfant, n'avaient pas remis en cause ce schéma: le parent «gardien» disposait de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre ne bénéficiait que des droits, réduits, de visite, d'hébergement et de surveillance.

Plusieurs facteurs se sont conjugués pour remettre en cause ce système:

- Tout d'abord, la multiplication des divorces a ôté à la situation d'enfant de parents divorcés son caractère «anormal» qui justifiait des mesures de protection radicales: la question n'est plus seulement de tenir l'enfant à l'écart du conflit, mais de lui permettre d'être élevé par ses deux parents, malgré la rupture.
- Parallèlement, la multiplication des séparations, dans la famille

---

3) Article 302 du Code civil. Sur l'évolution de la puissance paternelle à l'autorité parentale, fonction exercée dans l'intérêt de l'enfant, cf. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, Lextenso, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 1520 s. et réf. cit.

fondée sur le mariage comme dans la famille fondée hors mariage, rendait nécessaire de déconnecter les problèmes de parents et les problèmes de couple: la fonction de parent, l'engagement pris par chacun des parents lorsqu'ils ont donné naissance à un enfant, ne doit pas dépendre des aléas de leur vie conjugale. Pour reprendre une formule qui connut un grand succès: «le couple conjugal doit survivre aux aléas du couple parental».

- En pratique, les juges (qui le plus souvent se contentaient d'ailleurs de répondre à la demande des parents) confiaient l'enfant dans 85% des cas environ à la mère. Se posait donc le problème de la place du père dans la famille désunie: comment éviter que dans une société où les séparations devenaient de plus en plus fréquentes, le père n'ait plus auprès de l'enfant qu'une place secondaire? Psychologues et sociologues, notamment, soulignaient les risques que cette évolution pouvait comporter, pour l'enfant mais aussi pour la société<sup>4)</sup>. D'autant que les questions posées par l'augmentation du nombre de divorces se doublaient des interrogations suscitées par la multiplication des naissances en dehors du mariage. Or, là aussi, l'autorité parentale revenait le plus souvent à la mère.
- Les attentes sociales semblaient évoluer elles aussi: de plus en plus de pères déclaraient vouloir s'investir dans la prise en charge de l'enfant et affirmaient leur droits après la séparation: c'est ce que

---

4) cf. les deux rapports, commandés par le Gouvernement dans la perspective d'une réforme globale du droit de la famille, l'un sociologique, *Couple, filiation, parenté aujourd'hui*, I. Théry (dir.), éd. Odile Jacob-La Documentation française, 1998, *Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, F. Dekeuwer (dir.), La Documentation française, 1999, et réf. cit.

l'on appela le phénomène des «nouveaux pères». La question était d'autant plus sensible que la multiplication des recompositions familiales semblait placer les pères en situation de concurrence avec le nouveau conjoint ou partenaire de l'autre parent<sup>5)</sup>.

- Enfin, sur le plan théorique, s'est affirmée peu à peu l'idée, portée par nombre de «spécialistes de l'enfance», que l'intérêt de l'enfant serait non seulement de conserver des relations personnelles avec chacun de ses parents mais encore d'être éduqué par ses deux parents, malgré la séparation.

Cette idée fut bientôt traduite en «droit de l'enfant» (et en *devoirs* des parents: «On est parent pour toujours»). Au niveau européen et international, elle fut consacrée par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (art.10.2) et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art.24.3). A travers le droit au respect de la vie privée et familiale de la Conv. EDH, la Cour EDH en a également assuré la promotion<sup>6)</sup>.

En France, la tâche de répondre aux nouveaux besoins sociaux et aux attentes des justiciables, revint d'abord aux tribunaux. Ils imaginèrent divers procédés permettant d'assurer un meilleur équilibre des droits et responsabilités de chacun: dissociation entre garde juridique et garde

---

5) cf. M.T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993

6) cf. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 2014, n°580 s. et réf. cit.

matérielle, garde alternée, garde conjointe<sup>7)</sup>. Puis le législateur, sensible à l'importance sociale du problème, multiplia les interventions:

- la loi du 22 juillet 1987 dite *loi Malhuret*<sup>8)</sup> consacra l'exercice en commun de l'autorité parentale (le juge du divorce peut l'ordonner et les parents peuvent le choisir en cas de divorce sur requête conjointe)
- la loi du 8 janvier 1993 posa en principe l'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce<sup>9)</sup> (seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier que l'enfant soit confié à un seul de ses parents ou à un tiers).
- la loi du 4 mars 2002 généralisa l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les familles séparées, qu'elles soient construites en mariage ou hors mariage<sup>10)</sup>.

---

7) Condamnation de la dissociation entre garde juridique et garde matérielle: Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 février 1976, *Bull. civ.* II, n° 53. Condamnation de la garde alternée et consécration de la garde conjointe, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 mars 1983, *Bull. civ.* II, n° 86; *D.* 1984, 53, note T. Moussa; *JCP G* 1984.II.20163, note A. Dekeuwer; *Deffrénois* 1983, art. 33174, n° 119, obs. J. Massip; *RTD civ.* 1984, 95, obs. J. Rubellin-Devichi; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 2 mai 1984, *Deffrénois*, art. 33477, n° 7, obs. J. Massip; *RTD civ.* 1984, 691, obs. J. Rubellin-Devichi.

8) cf. G. Raymond, «De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental, commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987», *JCP G* 1987.I.3299; Fr. DEKEUWER et F. VAUVILLE, «Droits de l'homme et droits de l'enfant, commentaire de la loi Malhuret du 22 juillet 1987», *D.* 1988, chron. 7.

9) cf. H. FULCHIRON, «Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret», *D.* 1993, chron. 117.

10) H. FULCHIRON, article préc.; J. MASSIP, «Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993», *Deffrénois* 1993, 609; J. RUBELLIN-DEVICHI, «Une importante réforme en droit de la famille, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993», *JCP G* 1993.I.3659.

Depuis 2002, le législateur français est encore intervenu à de nombreuses reprises pour tenter de rendre plus effectif le principe de coparentalité et sa traduction juridique, l'exercice en commun de l'autorité parentale. Après bien des débats, la loi du 4 mars 2002 avait consacré la possibilité d'une résidence alternée dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parental: certains projets de réforme auraient souhaité généraliser le système<sup>11)</sup>. Le législateur a également entendu promouvoir la médiation, dans l'espoir que celle-ci favoriserait l'accord des parents<sup>12)</sup>. Il a même été envisagé de rendre la médiation «obligatoire» en cas de conflit parental<sup>13)</sup>.

En droit français, l'affirmation du principe de coparentalité, le respect du principe d'égalité entre homme et femme en tant que parents, la promotion des droits de l'enfant, ont donc contribué à faire de l'exercice en commun de l'autorité parentale la règle et l'exercice unilatéral l'exception.

---

11) Le projet de réforme sur l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant déposé au Parlement en 2015 (AN Proposition de loi n° 1856), proposait ainsi de supprimer la notion de «résidence habituelle»: la résidence de l'enfant serait fixée au domicile de chacun des parents, selon les modalités de fréquence et de durée déterminées d'un commun accord entre les parents ou, à défaut, par le juge.

12) cf. l'article 373-2-10 du code civil, réd. loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016: «En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties.

A 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, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure».

Sur la médiation, cf. I. Barrière-Brousse et M. Douchy-Oudot, *Les contentieux familiaux, droit interne, international et européen*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., n° 50 et réf. cit.

13) cf. à titre expérimental, les dispositions de la loi n 2016-1547 de 18 novembre 2016 qui impose aux parents une tentative de médiation avant la saisine du juge.



Cette orientation a été confirmée par l'évolution du droit européen: tel est en effet le modèle que propose le Conseil de l'Europe et sur lequel veille la Cour EDH<sup>14)</sup>. Et il est plus que largement répandu dans les pays européens<sup>15)</sup>.

Pour comprendre comment fonctionne en droit français l'exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation, il convient, dans un premier temps, de présenter le principe de cet exercice conjoint (I), puis d'en étudier la pratique (II).

## **I. Le principe d'un exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation**

Longtemps le monopole d'un parent après la séparation fut le principe; il n'est plus que l'exception. C'est ce choix législatif qu'il convient de rappeler (A) avant d'examiner les modalités d'organisation du système (B).

### ***A. Règle et exception***

On l'a dit, l'article 373-2 du code civil français affirme que *«La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale»*. Les parents exerçant en commun, sauf cas très

---

14) cf. le Rapport, *Comment assurer le principe de coparentalité entre parents séparés?*, Ministère de la Justice et Ministère des affaires sociales et de la Santé, 2014 et réf. cit.

15) cf. F. Ferrand et H. Fulchiron, *Le divorce en Europe*, éd. Société de législation comparée, 2015

particuliers, l'autorité parentale pendant la vie commune, ils continuent à l'exercer ensemble après la séparation, notamment après le divorce.

Comme le souligne la formulation même de l'article 373-2-1 (loi de 2002), l'exercice de l'autorité parentale par un seul des parents n'intervient plus que dans des circonstances exceptionnelles: «*Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents*». En pratique, c'est à celui qui s'oppose à un exercice en commun de l'autorité parentale de démontrer l'existence de ces «motifs graves», nécessitant que l'un des parents soit privé de sa part de responsabilité. Le juge recourt notamment à cette solution en raison de la personnalité de l'un des parents: alcoolisme, violence à l'égard des enfants (ou de certains d'entre eux) ou à l'égard de l'autre parent (cf. art. 373-2-11), risque d'enlèvement, menaces d'abus sexuels, troubles du comportement, irresponsabilité (ex. de jurisprudence: le père possède un pitbull dont il se plaint à souligner les mœurs paisibles, sans prendre en compte la vulnérabilité de sa fille âgée de quatre ans), méthodes éducatives traumatisantes (coups, endoctrinement idéologique ou religieux), appartenance à une «secte» (dès lors que cette appartenance risque d'avoir des conséquences néfastes pour l'enfant<sup>16</sup>); mais la Cour EDH est veille au respect de la liberté religieuse, cf. l'arrêt *Hoffman c. Autriche* du 23 juin 1993<sup>17</sup> dans lequel, à propos des Témoins de Jéhovah,

---

16) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1616 et réf. cit.

17) Cour EDH, 23 juin 1993, *Hoffman c. Autriche* : la Cour supérieure autrichienne avait confirmé le refus de confier les enfants à leur mère pour des motifs liés à l'appartenance de celle-ci aux témoins de Jéhovah. Accueillant les arguments du père, la Cour soulignait que les enfants couraient le risque d'un isolement social complet (cf. not. les positions des témoins de Jéhovah sur les fêtes religieuses,

la Cour exige que les juridictions nationales se soient livrées à une appréciation *in concreto* de la situation), désintérêt ou absence de contacts prolongés avec l'enfant. En revanche, l'homosexualité de l'un des parents ne saurait en soi être un motif suffisant, à moins que le comportement du père ou de la mère ne risque d'être préjudiciable pour l'enfant; et là encore, la Cour EDH veille au droit au respect de la vie privée et à l'absence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, cf. CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/Portugal*<sup>18</sup>).

De plus le parent qui perd l'exercice de l'autorité parentale conserve un certain nombre de droits et par conséquent de devoirs. En particulier, selon l'article 373-2-1, *«l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves»* (art. 373-2-1, al. 2). Conformément aux vœux du législateur et aux prescriptions de la

---

notamment la fête de Noël); étaient également invoquées les conséquences potentielles du refus des transfusions sanguines. L'Autriche est condamnée: la CEDH souligne que l'enquête sociale, sur laquelle s'étaient fondés les juges pour confier l'enfant à sa mère, n'avait révélé aucun danger potentiel.

- 18) Cour EDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/Portugal*: la cour d'appel de Lisbonne avait affirmé que le fait *«que le père de l'enfant, qui s'assume homosexuel, veuille vivre avec un autre homme, est une réalité qu'il faut accepter. Il est notoire que la société montre de plus en plus de tolérance envers ces situations. Toutefois, l'on ne saurait soutenir qu'un environnement de cette nature est le plus sain et adéquat au développement moral, social et mental d'un enfant, surtout dans le cadre du modèle dominant dans notre société, [...] L'enfant doit vivre au sein d'une famille, d'une famille traditionnelle portugaise, qui n'est certainement pas celle que son père a décidé de constituer, car il vit avec un autre homme, comme s'ils étaient mari et femme. Il n'y a pas ici lieu de chercher à savoir si l'homosexualité est ou non une maladie ou si elle est une orientation sexuelle à l'égard des personnes du même sexe. Dans les deux cas, l'on est en présence d'une anomalie et un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales»*. Condamnation du Portugal par application de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention EDH.

CEDH<sup>19</sup>), les juges français semblent de plus en plus hostiles à refuser toute relation personnelle entre l'enfant et «l'autre parent»: ni son homosexualité, ni sa séropositivité, ni son incarcération par exemple, ne sont considérés par eux-mêmes comme des «motifs graves»; ils ne le deviendraient que s'ils comportaient un danger «effectif» pour l'enfant<sup>20</sup>. Restent, là encore, les violences physiques ou morales, les risques d'abus sexuels ou le traumatisme que causeraient aux enfants des relations forcées avec leur père ou leur mère (mais les juges sont très prudents afin d'éviter une manipulation des enfants par l'autre parent<sup>21</sup>).

Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale conserve le droit *et le devoir* (comme l'a précisé la loi de 2002) de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et doit être informé des choix importants relatifs à la vie de celui-ci (art. 373-2-1, al. 3).

De façon générale, l'attachement manifesté par le législateur au principe de coparentalité l'a conduit à poser en principe 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*» (art. 373-2, al. 2).

---

19) (cf. not. Cour EDH, *Vojnity c. Hongrie*, 12 février 2013 : le requérant qui appartenait à une congrégation religieuse s'était vu privé de son droit de visite en raison, selon les juges autrichiens, de sa vision «irrationnelle» du monde et des risques de prosélytisme. La CEDH, après avoir rappelé que l'intérêt de l'enfant est de conserver des liens avec sa famille et qu'une mesure aussi radicale que mettre fin à toute relation personnelle entre l'enfant et l'un de ses parents ne peut être justifiée que par des circonstances exceptionnelles, estime qu'en l'espèce la mesure était disproportionnée au regard des risques réellement encourus)

20) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 1618 et réf. cit.

21) *ibidem*

Les droits ainsi reconnus au parent qui ne vit pas quotidiennement avec l'enfant sont aussi des devoirs qui lui sont imposés. Reste à savoir comment sanctionner l'abandon de fait de l'enfant par un de ses parents...

Le principe étant posé, reste à analyser comment s'organise juridiquement l'exercice en commun de l'autorité parentale.

### ***B. Modalités d'organisation***

Il convient de préciser qui organise l'exercice commun de l'autorité parentale avant d'en étudier les modalités d'aménagement.

#### *1°. Qui décide quoi?*

Chargé de statuer sur l'ensemble des questions relatives à l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales, juge spécialisé du tribunal de grande instance (*i.e.* de la juridiction française de droit commun: il n'y a pas de juridiction familiale spécialisée en France), doit veiller *«spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs»* (art. 373-2-6), étant entendu que, conformément à l'article 3-1 de la Convention EDH, *«dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»*.

Pour autant, le juge aux affaires familiales n'intervient pas dans tous les cas de séparation. Et même lorsqu'il intervient, une large place est faite aux accords parentaux.

En cas de divorce, l'intervention du juge était jusqu'à une époque récente

systématique. Elle ne l'est plus depuis l'entrée en vigueur la nouvelle loi sur le divorce, qui, à côté des cas de divorces «classiques» (divorce par consentement mutuel, divorce sur demande acceptée, divorce pour faute et divorce par consentement mutuel instaure un «divorce sans juge<sup>22)</sup>). Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017, elle permet aux époux de se divorcer par acte sous signature privé contresigné par leurs avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire; dans leur convention, ils sont sensés régler tous les problèmes liés à la dissolution de leur union, notamment les question d'autorité parentale. A aucun moment, le juge ou une autorité équivalente ne sont invités à intervenir pour contrôler, dans l'intérêt de l'enfant, ce qui a été prévu par les parents. On comprend que la loi ait fait, à cet égard, l'objet de vives critiques. Pour assurer le droit de l'enfant à être entendu dans une procédure qui, à l'évidence, les concerne, le législateur a seulement prévu que si l'enfant demande à être auditionné, le juge doit le faire. On passe alors, pour l'ensemble du divorce, à une procédure de divorce par consentement mutuel judiciaire avec homologation par le juge de la convention par laquelle les époux règlent les conséquences de leur séparation, notamment à l'égard des enfants<sup>23)</sup>.

Dans les autres cas de séparation (parents non mariés, parents mariés séparés de fait), le juge n'a pas non plus à intervenir *a priori*. Il ne le fera qu'en cas de difficulté ou si les parents lui demandent d'homologuer la

---

22) Sur cette loi, cf. not. les dossiers présentés par la Revue Droit de la famille (Dr. fam.) et Actualité juridique famille (AJ Famille) en janvier 2016; *adde* H. Fulchiron, *Divorcer sans juge*, JCP 2016, 1267

23) Articles 229-2 et 388-1 du code civil

convention qu'ils auraient conclue entre eux en matière d'autorité parentale.

Soucieux en effet de «déconnecter» problèmes de couple et problème de parents, la loi permet aux parents de passer entre eux des conventions (obligatoires en cas de divorce sur requête conjointe puisque dans ce cas les époux sont chargés de régler eux-mêmes les conséquences de leur séparation dans des conventions qu'ils soumettent à l'homologation du juge), dans lesquelles ils organisent les conséquences de leur séparation à l'égard des enfants. Le juge conserve cependant sa mission de protecteur de l'intérêt de l'enfant et de la liberté du consentement donné par les parents: au besoin, il refusera d'homologuer la convention qui lui est soumise (art. 373-2-7, al. 2).

En l'absence de conventions parentales, il appartient au juge de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. La loi l'invite à prendre notamment en considération «*la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure*» ou les résultats de l'enquête sociale qui aurait été ordonnée. Une place importante est faite à l'audition de l'enfant (art. 373-2-11 c. civ.), cette audition étant de droit lorsque le mineur en fait la demande (art. 388-1 c. civ.). Au titre du principe de coparentalité, il doit également prendre en compte (373-2-11 3°) «*L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre*»: il y a là comme un écho, atténué, du «principe californien» selon lequel l'enfant doit être confié au parent qui semble le plus apte à respecter la place de l'autre.

De façon générale, le juge a pour directive de rechercher un accord entre les parties, une place de plus en plus large étant faite à la médiation (cf. 373-2-10 c. civ.).

Dans sa volonté d'alléger la tâche du juge pour le recentrer sur ce qu'il considère comme ses missions essentielles aujourd'hui, le législateur a donné plus de liberté aux parents en leur permettant de faire homologuer leur accord par le juge sans avoir à comparaître personnellement devant lui<sup>24</sup>).

Les décisions prises par le juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale sont par nature provisoires: elles peuvent être modifiées ou complétées à tout moment (art. 373-2-13).

## *2°. Aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale*

Indépendant des questions liées aux contributions financières, deux questions doivent être réglées par les époux et/ou par le juge: celle de la résidence de l'enfant et celle de l'aménagement des liens entre l'enfant et le parent avec qui il ne vit pas quotidiennement.

Depuis la loi du 4 mars 2002, les parents ont le choix entre une résidence habituelle auprès de l'un d'eux ou une résidence alternée, chez l'un puis chez l'autre<sup>25</sup>).

---

24) cf. le nouvel article 1143 du code de procédure civile (réd. Décret n° 2016-1906 du 28 décembre 2016, art. 2, le juge statue sur la requête présentée par les parents «*sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties*»).

25) Selon une enquête de l'Insee (G. BONNET, B. GARBINTI et A. SOLAZ, *Les conditions*



- *Une résidence habituelle*: telle est la solution habituellement retenue; qui correspond d'ailleurs, *mutatis mutandis*, à l'ancien schéma d'un enfant pris en charge quotidiennement par l'un de ses parents. Mais si ce dernier bénéficie en fait d'une situation privilégiée (et d'une charge d'autant plus importante), les règles de l'exercice en commun de l'autorité parentale ne s'en appliquent pas moins: il y a exercice conjoint, facilité pour les actes usuels par la présomption d'accord de l'article 372-2 (on y reviendra).

Le parent auprès de qui l'enfant n'a pas sa résidence habituelle dispose d'un droit, irréductible, sauf motif grave, à entretenir des relations personnelles avec lui; l'autre est tenu de respecter ces liens (art. 373-2).

- *Deux résidences, en alternance*: La question du partage ou de l'alternance de l'hébergement ne cesse, depuis plus de trente ans, de susciter de vives polémiques en France. La «garde alternée» est née avec la «garde conjointe», au début des années 1980. Pour ses partisans, seul ce système permet à l'enfant de conserver des liens équilibrés avec chacun de ses deux parents; lui seul assure l'égalité entre les père et mère, en redonnant au père – qui obtient rarement que la résidence habituelle de l'enfant soit fixée auprès de lui – toute sa place dans la famille désunie. Pour ses adversaires, l'alternance de l'hébergement risque de déstabiliser l'enfant,

---

*de vie des enfants après le divorce*, Insee-Première, février 2015), 152 000 enfants, âgés en moyenne de 7 à 8 ans, ont été concernés par la rupture du mariage en 2009 et 5 100 par la rupture du Pacs. Fiscalement (l'enquête exploitait les données fiscales), 76% étaient rattachés principalement à leur mère et 9% à leur père, 15% étaient en garde alternée. Quand la résidence est fixée chez la mère, six mères sur dix déclarent recevoir une pension, dont le montant médian est de 150 euros.

ballotté d'un parent à l'autre au fil des jours, des semaines ou des mois; si elle satisfait les prétendus «droits» des père et mère, elle fait de l'enfant une chose que l'on se partage, sans trop se soucier de son intérêt<sup>26)</sup>.

Dans un premier temps, la cour de cassation, dans deux arrêts du 21 mars 1983 et du 2 mai 1984<sup>27)</sup>, avait consacré la garde conjointe et condamné la garde alternée. La loi du 2 juillet 1987 puis celle du 8 janvier 1993 confirmèrent cette position en inscrivant dans le Code l'exigence d'une «résidence habituelle». La pression des partisans de l'alternance ne se relâcha pas; les revendications de certains parents, l'action militante de certaines associations de pères, conduisirent quelques juges à admettre diverses formules de partage de l'hébergement qui revenaient *de facto* à une résidence alternée.

Le législateur français a finalement admis la licéité du système au nom de la continuité des liens entre l'enfant et chacun de ses parents (étant rappelé que depuis l'ouverture en 2013 du mariage et de l'adoption aux personnes de même sexe le problème peut aussi se poser dans les familles homoparentales séparées). La loi du 4 mars 2002 ouvre une option entre résidence alternée et résidence habituelle (art. 373-2-9). Le législateur manifeste même sa préférence pour l'alternance en la mentionnant en premier lieu, et en donnant au juge le pouvoir de l'imposer, à titre expérimental, en cas de désaccord des parents: selon l'article 373-2-9, «à la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode

---

26) Sur le débat, cf. H. Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, *op. cit.*

27) préc.

*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*».

La résidence alternée intervient dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale: les décisions doivent donc être prises en commun, sous réserve du jeu de la présomption d'accord de l'article 372-2.

En pratique, l'alternance se répand peu à peu et les juges l'acceptent de plus en plus souvent, même s'ils s'entourent de garanties (proximité des résidences, continuité des activités scolaires et extra scolaires de l'enfant, consensus parental minimum<sup>28)</sup>...). Le débat se poursuit cependant entre ses partisans (qui voudraient en faire le principe, les propositions de loi se multipliant en ce sens) et ses adversaires (qui craignent pour l'équilibre de l'enfant).

Les règles gouvernant le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation étant ainsi fixées, reste à savoir comment il se pratique.

## **II. La pratique de l'exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation**

Pour apprécier la pratique de l'exercice en commun de l'autorité parentale, il convient d'analyser les règles qui gouvernent son fonctionnement, puis

---

28) Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1614 et réf. cit.

d'examiner le contentieux qu'elle engendre.

### ***A. Le fonctionnement de l'exercice conjoint de l'autorité parentale***

Deux règles permettent de réguler la pratique de l'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation, étant précisé que ses règles valent aussi pour l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les familles unies. Il n'y a pas de règles spécifiques à l'exercice de l'autorité parentale après séparation en droit français: le couple parental est supposé fonctionner indépendamment des aléas du couple conjugal.

#### *1°. Première règle: présomption d'accord et arbitrage judiciaire*

Égaux en droits et en devoirs, les parents disposent des mêmes pouvoirs, qu'ils mettent en œuvre conjointement. Toute décision suppose donc en principe leur accord: il y a exercice conjoint et non concurrence de pouvoirs identiques. La règle qui vaut pour toutes les décisions relatives à la personne de l'enfant vaut aussi pour la gestion des biens de l'enfant, puisque les parents qui exercent en commun l'autorité parentale administrent conjointement les biens de leurs enfants mineurs (cf. art. 382 c. civ. et s., réd. ord. 15 oct. 2015). Le parent qui prétendrait agir sans le consentement de l'autre engagerait sa responsabilité; des incidents répétés pourraient en théorie conduire le juge à mettre fin à l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais la faveur manifestée par le législateur à l'égard de ce système laisse penser qu'une telle décision ne serait prise que si le comportement des parents ou de l'un d'eux risquait de causer de graves perturbations à l'enfant<sup>29</sup>).

---

<sup>29</sup> cf. *Droit de la famille*, P. Murat (dir.), Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2015, n° 234.31 et réf. cit.

En toute hypothèse, un tel système ne peut fonctionner que si sont prévus des assouplissements pour les actes quotidiens et une procédure de règlement des conflits parentaux. Aussi l'article 372-2 du code civil prévoit-il 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*». La règle vaut à la fois dispense de preuve de l'accord des parents et décharge de responsabilité au profit des tiers de bonne foi. La loi ne donne pas de définition des actes usuels, ni, surtout, de liste préétablie. Si l'on procède de manière négative, on peut considérer que ne constitue pas un acte «usuel» l'acte qui, rompant avec la pratique antérieurement suivie, engage l'avenir de l'enfant<sup>30</sup>). Le tiers ou, en cas de conflit, le juge, devra se livrer à une double appréciation *in abstracto* et *in concreto*, en fonction des circonstances particulières de l'espèce. Ainsi, s'agissant de l'éducation scolaire, peut être considérée comme un acte usuel la réinscription de l'enfant dans l'établissement où il se trouvait déjà ou, après déménagement, dans un établissement de même nature. En revanche, ne constitue pas un acte usuel, sauf circonstances particulières, l'inscription de l'enfant scolarisé jusque là dans une école publique, dans un établissement confessionnel ou dans une école prônant des méthodes pédagogiques originales. Le choix de l'orientation scolaire ou professionnelle de l'enfant, dès lors qu'il engage l'avenir de l'enfant, appelle également l'accord des deux parents. De même si des soins médicaux courants peuvent être considérés comme relevant de la catégorie des actes usuels, une opération ou le choix d'un traitement en cas de maladie plus grave, suppose l'accord

---

30) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1602 et réf. cit.

des deux parents étant entendu qu'en cas d'urgence, le médecin a l'obligation de donner des soins.

A l'évidence, le système d'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents disposant de pouvoirs identiques comporte des risques de paralysie, surtout si les parents sont séparés. Pour résoudre d'éventuels conflits, le législateur de 1970 avait prévu un système particulièrement équilibré. Selon l'article 372-1-1 ancien: *«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 suivie leur tiendrait lieu de règle. À défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou sur son bien-fondé, le parent le plus diligent pourra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera après avoir tenté de concilier les parties»*. La règle avait l'avantage de donner aux parents et au juge une ligne de conduite: respect de la «coutume familiale», recherche de la conciliation, décision du juge selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Pour des raisons inexplicables, le texte a été abrogé en 2002. On ne le retrouve plus que, mutilé, au titre des éléments que le juge est appelé à prendre en considération lorsqu'il se prononce en cas de séparation sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2-11, 1°). Désormais rien n'est dit sur le règlement des conflits parentaux. Mais en pratique, les juges se réfèrent toujours à la pratique antérieurement suivie<sup>31</sup>.

## 2°. *Seconde règle: l'obligation de coopération*

De façon générale, les parents séparés sont tenus de «*respecter les liens*» de

---

31) Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille*, op. cit., n° 1603 et réf. cit.

l'enfant *«avec l'autre parent»* (art. 373-2). Pour prévenir les difficultés le législateur a tiré de ce principe général une obligation particulière: *«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 et à l'éducation de l'enfant»* (art. 373-2 al. 3).

En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, l'obligation d'information pèse au premier chef sur le parent auprès duquel l'enfant réside habituellement ou qui exerce seul l'autorité parentale: le départ de l'enfant risque en effet de remettre en cause l'organisation de ses relations avec l'autre parent, voire de les rendre impossibles en cas de déménagement lointain. Elle vaut aussi en cas de résidence alternée dès lors que le déménagement d'un parent perturbe gravement le système adopté, et s'impose également au parent auprès de qui l'enfant ne vit pas habituellement: son éloignement peut en effet l'empêcher de respecter ses droits de visite et d'hébergement. L'information, a précisé la cour de cassation (*Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2006*, à propos d'une mère partie vivre en Nouvelle-Calédonie sans laisser d'adresse), doit être *«préalable et en temps utile»*.

En cas de désaccord, le juge pourrait intervenir comme arbitre. Il ne saurait évidemment interdire à un parent de déménager: comme toute

personne, un parent jouit de la liberté d'aller et venir. En revanche, le juge pourrait être amené à modifier la situation, en redéfinissant notamment les droits de visite et d'hébergement du parent avec lequel l'enfant ne réside pas habituellement. Éventuellement, il pourrait même changer la résidence habituelle, ou alternée, de l'enfant. Le juge peut également aménager les conséquences financières de la nouvelle situation: répartir les frais de déplacement afin d'éviter que le parent resté sur place soit empêché de voir son enfant faute de moyens pour financer les trajets; réajuster le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant pour tenir compte de cette nouvelle charge financière.

Dans le même esprit, l'article 373-2-11 dispose que le juge qui statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents doit prendre en considération: «3°. *l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre*». Parallèlement, le juge se voit reconnaître le pouvoir de «*prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec chacun de ses parents*» (art. 373-2-6, al. 2): pour prévenir un enlèvement d'enfant, il pourrait notamment «*ordonner l'interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents*».

Concrètement, l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents séparés suscite-t-il un important contentieux?

### ***B. Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale***

Un des principaux arguments utilisés par les adversaires de l'exercice en



commun de l'autorité parentale était de voir apparaître un important contentieux post séparation. Tel n'est pas le cas en pratique. Il convient de distinguer en effet plusieurs types de contentieux post séparation, en général, et post divorce en particulier.

La plus grande partie de ce contentieux est lié à la contribution financière du parent qui ne vit pas quotidiennement avec l'enfant, à la prise en charge de celui-ci. Il s'agit donc d'un contentieux lié à la pension alimentaire fixée par le juge dans sa décision ou par les époux dans leur convention. Mais ce contentieux pourrait intervenir quelque soit les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Dans bien des cas, il « cristallise » d'ailleurs des conflits mal réglés entre les père et mère: la pension alimentaire n'est, en un sens, qu'un prétexte...

Reste le contentieux lié à l'exercice lui-même de l'autorité parentale, ce qui recouvre en pratique trois problèmes: la remise en cause du système en tant que tel, la modification de ses modalités d'aménagement, et le contentieux lié au fonctionnement même de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

### *1°. La remise en cause du système d'exercice en commun de l'autorité parentale*

Deux situations peuvent se présenter, soit que le système se heurte à des difficultés de fonctionnement si graves que l'un des époux demande à ce qu'il y soit mis fin, soit qu'un changement de circonstances nécessite un passage à un exercice unilatéral.

La première hypothèse est en pratique relativement rare. Et les juges se montrent d'une grande prudence. Seul un conflit d'une gravité exceptionnelle, qui risquerait d'avoir de graves conséquences pour l'enfant pourrait justifier qu'il soit mis fin à l'exercice en commun de l'autorité parentale. En attendant, le juge recourra à tous les procédés qui pourraient permettre d'apaiser le conflit, notamment à la médiation.

La seconde hypothèse est plus fréquente. Il peut arriver par exemple que l'un des parents parte à l'étranger où qu'il s'installe à l'autre bout de la France. Il peut arriver également que les violences exercées sur l'enfant, ou des soupçons d'abus sexuels, conduisent l'un des parents à vouloir couper les liens de l'enfant avec l'autre. Là encore, les juges se montrent d'une grande prudence.

Dans le premier cas, il conviendra de prouver en quoi le déménagement de l'enfant ne s'oppose pas au maintien d'un exercice en commun de l'autorité parentale: de fait, les moyens de communications permettent aujourd'hui aux parents de se concerter pour prendre ensemble des décisions importantes. Si l'éloignement des domiciles parentaux peut rendre nécessaire le changement de résidence habituelle ou la fin d'un système de résidence alternée et, bien sûr, une réorganisation des droits de visite et d'hébergement, elle ne constitue donc pas en soi un obstacle à l'exercice en commun de l'autorité parentale<sup>32</sup>. Il en irait de même, pour prendre un autre exemple de jurisprudence, de l'emprisonnement de l'un des parents, sauf, là encore, à revoir les modalités selon lesquelles les

---

32) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1613 et s. et réf. cit.

relations personnelles entre l'enfant et son père ou sa mère incarcéré (e) seront maintenues, afin d'éviter qu'elles ne soient trop traumatisantes pour l'enfant<sup>33)</sup>.

Des lois récentes exigent du juge français une attention particulière à la question des violences familiales ou soupçons d'abus sexuels<sup>34)</sup>; la question est d'autant plus délicate que la nécessité, fondamentale, d'assurer la protection de l'enfant doit se doubler du souci d'éviter toute instrumentalisation par un parent de ce type d'accusations. En pratique, les juges travailleront en priorité sur la question des relations personnelles entre l'enfant et le parent concerné (suspension du droit de visite et d'hébergement ou droit de visite «sous surveillance» dans un lieu spécialisé ou «médiatisé» par la participation d'un tiers. Ce n'est, là encore, que si toute coopération devient impossible entre les parents (et l'on peut imaginer que la gravité des soupçons qui pèse sur l'un rende l'autre incapable de s'adresser à lui pour prendre, ensemble, une décision relative à l'enfant), que sera mis fin à l'exercice en commun de l'autorité<sup>35)</sup> (doublé au besoin d'un retrait de l'autorité parentale, art. 378 c. civ. et s.).

## *2°. Le réaménagement des modalités d'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale*

Le contentieux relatif à la résidence de l'enfant (résidence habituelle ou résidence alternée) et le contentieux relatif au droit de visite et

---

33) *ibidem*

34) cf. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit de mineurs, op. cit.*, n°1684 et réf. cit.

35) cf. *Droit de la famille*, P. Murat (dir.), *op. cit.*, n°234.71 et réf. cit.

d'hébergement du parent avec qui l'enfant ne vit pas au quotidien est, relativement, abondant. Il appelle essentiellement deux remarques.

D'une part, ce contentieux (hors l'hypothèse d'un conflit relatif à la résidence alternée) n'est pas lié au système même de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Le problème de la résidence habituelle ou du droit de visite et d'hébergement de l'autre parent pourrait également se poser en cas d'exercice unilatéral. A travers quelques exemples de jurisprudence (mais ces cas reflètent-ils vraiment la réalité?), on peut même se demander si les conflits ne sont pas encore plus violents dans les hypothèses d'exercice par un seul parent de l'autorité parentale, car est alors en jeu la volonté ou le sentiment d'exclusion d'un parent par l'autre... Il est vrai que l'exercice unilatéral de l'autorité parentale n'existe plus, comme on l'a dit *supra*, que dans des circonstances exceptionnelles; il n'est donc pas surprenant qu'il soit souvent «pathogène».

D'autre part, les juges se montrent, là encore, d'une grande prudence lorsqu'ils sont saisis de demandes tendant, d'une façon ou d'une autre à réduire la place d'un des parents. Ainsi la remise en cause de l'alternance de l'hébergement ou le réaménagement à la baisse d'un droit de visite et d'hébergement supposent la preuve de circonstances particulières qui rendent le système actuel incompatible avec l'intérêt de l'enfant: déménagement, mauvais traitements... ou désintérêt d'un des parents<sup>36</sup>. Même la volonté de l'enfant est soumise à un contrôle judiciaire approfondi: la Cour de cassation ne cesse par exemple de répéter que le

---

36) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1613 et s. et réf. cit.

refus du mineur d'aller chez un de ses parents ne justifie pas, sauf circonstances particulières, que l'on remette en cause l'organisation des relations personnelles entre l'enfant et ses parents; surtout, la Cour censure les décisions qui soumettraient ces relations personnelles au bon vouloir de l'enfant<sup>37)</sup>.

Mais ce sont là des questions qui pourraient aussi se poser en cas d'exercice de l'autorité parentale par un seul des parents. *Quid* du contentieux lié à la mise en oeuvre l'exercice en commun de l'autorité parentale après la séparation?

### *3°. Le contentieux lié à la mise en œuvre de l'exercice en commun de l'autorité parentale*

Contrairement aux craintes qui avaient pu être exprimées lors des débats qui conduisirent à la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité de l'autorité parentale après la séparation, le contentieux lié au fonctionnement même du système, *i.e.* à l'obligation de prendre en commun les décisions importantes pour l'enfant, est extrêmement rare.

Deux types de questions semblent, en pratique, monter devant le juge français (mais les demandes sont très peu nombreuses). Montent, d'une part, les questions liées à la religion de l'enfant<sup>38)</sup>: appartenance à telle ou telle communauté, conversion de l'enfant, conséquences des convictions

---

37) Sur l'audition de l'enfant et la prise en compte de sa parole, cf. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1135 s. et réf. cit.

38) cf. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 1573 et s. et réf. cit.

religieuses d'un parent et/ou de l'enfant sur l'éducation de ce dernier, sur ses modes de vie ou, surtout, sur des traitements thérapeutiques (je pense aux Témoins de Jéhovah, avec la question des transfusions sanguines), sans parler de tous les problèmes liés à l'appartenance à une secte. Montent, d'autre part, des problèmes relatifs au risque d'enlèvement d'enfant<sup>39</sup>).

On le comprend, ce contentieux est tout sauf un contentieux du «quotidien» de l'autorité parentale. Peut-on en conclure que le système d'exercice en commun de l'autorité parentale n'est pas intrinsèquement pathogène? On peut le penser. Sauf à observer que lorsque les parents ne réussissent pas à s'entendre, ils auront plus tendance à mettre fin au système lui-même qu'à demander l'arbitrage du juge. Mais comme le contentieux de la remise en cause du système même de l'exercice en commun de l'autorité parentale n'a pas envahi non plus les tribunaux...

Quoiqu'il en soit, les quelques affaires, parfois très médiatisées par les médias et par certaines associations, ne doivent pas masquer la réalité: sur un plan strictement judiciaire le contentieux de la séparation (hors obligation alimentaire) a certes augmenté (mais le nombre de situations de séparation a lui aussi augmenté), mais il n'a pas submergé les tribunaux.

---

<sup>39</sup> cf. *Droit de la famille*, P. Murat (dir.), Dalloz, *op. cit.*, n° 234.141 et réf. cit.

\* \* \* \* \*

En conclusion, on serait tenté de dire que si le système de l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est certainement pas parfait (mais y a-t-il un système parfait pour faire face aux difficultés, et parfois aux drames, engendrés par la séparation?), le bilan est plutôt positif. Semblent le prouver l'absence de contentieux de masse engendré par le système lui-même et, sous réserves d'études sociologiques approfondies, son acceptation par la société française. Le passage de l'exercice unilatéral à l'exercice conjoint est aujourd'hui juridiquement mais aussi socialement acquis, comme le prouvent les demandes des parents lorsqu'ils vont devant le juge. Certes, une partie des problèmes, et des anciennes pratiques (prise en charge de l'enfant par sa mère, désintérêt du père...), se retrouvent à travers la résidence habituelle. Mais, là encore la progression de l'hébergement alterné montre une évolution vers plus d'égalité dans la prise en charge de l'enfant, au bénéfice du père, mais aussi de la mère (grâce à un meilleur partage des charges) et bien sûr de l'enfant, sans parler de la société si du moins l'on postule que la prise en charge de l'enfant par ses deux parents est dans l'intérêt de la société toute entière.

Faut-il aller plus loin? Certains proposent par exemple que dans la convention soumise au juge ou dans la décision prise par celui-ci, il ne soit plus fait référence à la résidence de l'enfant, les parents s'organisant par eux-mêmes. A cet égard, l'entrée en vigueur de la loi sur le divorce sans

jugé<sup>40)</sup> pourrait constituer un test intéressant: puisque le juge n'intervient plus pour contrôler ce que les parents ont prévu pour l'enfant, ceux-ci sont libres de s'organiser comme ils le souhaitent. On peut se demander si ce qu'ont décidé les parents correspondra toujours à l'intérêt de l'enfant. On peut craindre également que le contentieux ne se déplace du divorce vers l'après divorce. Mais l'expérience de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de séparation appelle à la prudence: en droit de la famille, il est difficile d'être prophète. . .

---

40) cf. *supra*



## 付 記

ユーク・フルシロン教授は、フランスを代表する家族法研究者である。1985年に「解体した家族と親権」というテーマで学位論文を作成している。学位論文はリヨン大学に提出され、最優秀の成績を取得している。親権をめぐり過渡期の法律状態を見事に分析した論文であると評されている。当時、フランス史上最年少で法学部の教授になっている。

2016年11月にニューカレドニアでの学会の帰りに日本に立ち寄りたいとの連絡を受け、せっかくの機会であるから「親権の共同行使」に関して講演をお願いしたいという望みを伝えたところ、ご快諾いただいた。

フランスでは、現在では親権はあまり議論されることなく研究は落ちついているとの印象を持つ。このようなことから、彼自身の現在の興味は他にあり、EUと関連する他のテーマでの講演の提案を受けた。このテーマでの講演は、慶応大学法学研究科長の片山直也教授のご尽力で実現した。

フルシロン教授に、わが国の離婚後の親権の問題について日本の事情を説明し、特に研究者と実務家に向けて、共同親権の重要性についての講演を依頼したところ、「別居後の親権の共同行使」と題する本稿の講演が実現した。別居というのは、婚姻関係にないカップルも、フランス法では含めて議論しているからである。

講演は、まさしく啓蒙的な内容であった。会場となった大阪弁護士会館では、講演後の質疑も活発であった。「共同親権に関する法律が、フランスにおいて市民の教育的役割を果たした」と分析し、現代の立法の教育的役割に触れる説明は、特に説得力があった。

本稿は、2016年11月7日に大阪弁護士会館で開催されたフルシロン教

授の講演原稿である。講演会実現には、大阪弁護士会家事法制委員会の櫻井美幸委員長と片山登志子弁護士のお世話になった。離婚後の共同親権がなかなか生まれて来ようとしなわが国の法制度の中において、貴重な講演の開催にご尽力賜り、このような機会を提供して下さったことに、あつくお礼申し上げたい。

本講演は、科学研究費助成事業（基盤研究（C））「相続財産の明確化と世代間の自立」から費用の一部を支出している。

松川 正毅（法学部教授）