

Rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille

**L'exercice de l'autorité parentale
dans les législations européennes**

Frédérique GRANET
Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg
Directeur du Centre de Droit privé fondamental

Octobre 2002

Sommaire

Introduction	69
Première partie : L'exercice de l'autorité parentale hors mariage	71
Chapitre 1- L'exercice en commun de l'autorité parentale	71
Chapitre 2 - L'exercice unilatéral de l'autorité parentale	76
Deuxième partie : Les incidences sur l'exercice de l'autorité parentale d'une rupture du couple marié ou non marié	81
Chapitre 1 - La cessation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale liée à la rupture de la communauté de vie.....	81
Chapitre 2 - La continuité de l'exercice en commun de l'autorité parentale par-delà la séparation du couple.....	82
Conclusion.....	89
ANNEXE 1 : La législation relative à l'autorité parentale en Europe : Fiches par pays	93
La législation allemande relative aux soins parentaux.....	94
Analyse de la législation belge.....	100
La législation danoise relative à l'autorité parentale	102
La législation espagnole relative à l'autorité parentale.....	104
La législation française relative à l'autorité parentale	106
La législation grecque relative à l'autorité parentale.....	110
La législation italienne relative à l'autorité parentale.....	111
La législation luxembourgeoise relative à l'autorité parentale	112
La législation néerlandaise relative à l'autorité parentale.....	114
La législation portugaise relative à la puissance paternelle	118
La législation relative à la responsabilité parentale au Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles).....	120
La législation suisse relative à l'autorité parentale	124
ANNEXE 2 : Points particuliers	129
Le droit de visite transfrontière en Europe après un divorce ou une séparation légale entre époux	131
Les recompositions familiales et l'autorité parentale : Très brefs propos.....	134

Introduction

Si les législations européennes se réfèrent à une terminologie variable mettant l'accent tantôt sur la responsabilité des père et mère (comme au Royaume-Uni), ou sur leurs devoirs ainsi visés avant leurs droits (comme en Allemagne ou en Grèce), ou encore sur leurs prérogatives mais conçues en tant que droits-fonctions à la française (comme en Belgique ou au Luxembourg), il n'en demeure pas moins qu'ici comme là, les prérogatives des père et mère leur sont attribuées pour leur permettre d'exercer leurs devoirs et d'assumer leur responsabilité parentale. C'est l'intérêt de l'enfant qui constitue la pierre angulaire de l'édifice, ainsi que la Convention de New York est venue le proclamer à son tour, relayée pour certains aspects concrets par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants¹.

Partout encore en Europe, l'autorité parentale évolue de façon continue sous l'impulsion de plusieurs facteurs, surtout l'égalité entre père et mère et le partage de leurs droits et devoirs ainsi que l'égalité des filiations, dans le contexte de la formation d'un droit commun de l'autorité parentale qui s'intègre lui-même dans un droit de l'enfance dont la Convention de New York et plusieurs conventions du Conseil de l'Europe constituent d'importants vecteurs. Dans ce processus, l'enfant a acquis la parole, à partir d'un seuil d'âge ou sous condition de discernement selon les législations.

Si l'on confronte les préoccupations des législateurs en Europe, on constate sur l'espace de trente à quarante années un certain nombre de points communs et un souci réel d'évolution dont la concrétisation prend régulièrement de l'ampleur :

- à côté du mariage, le concubinage est devenu le cadre d'une forme concurrente de vie de couple et de vie familiale. Partout, le nombre des naissances hors mariage conduit à repenser l'autorité parentale, dans le contexte fréquent d'une communauté de vie entre le père et la mère qui élèvent ensemble leur enfant, comme le feraient des époux. Les modalités d'exercice de l'autorité parentale sont-elles alors identiques ou tout au moins proches et qu'en est-il inversement en l'absence de vie commune entre père et mère naturels ? Telle est la première des questions sur laquelle le Haut-Conseil de la Population et de la Famille souhaite recueillir des informations ;

- en outre, en cas de vie commune, le couple n'est guère plus solide dans l'une de ces hypothèses que dans l'autre, de sorte que l'exercice de l'autorité parentale peut susciter des difficultés à l'occasion ou à la suite de toute séparation, entre époux ou entre parents naturels. C'est la deuxième des questions qui m'étaient soumises².

¹ La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants a été ouverte à la signature à Strasbourg le 25 janvier 1996 ; elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000. Elle a été signée par la France le 4 juin 1996, mais n'a pas encore été ratifiée. Sur le dernier état des ratifications, consulter le site internet du Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int>.

² Aux données concernant les quinze Etats de l'Union Européenne (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Irlande, Luxembourg, Portugal, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède) s'ajoutent des informations relatives à la législation suisse.

A noter qu'une analyse portant sur une problématique plus vaste que celle présentée ici a été réalisée dans le cadre des journées d'études organisées par le Laboratoire d'Etudes et de Recherches Appliquées au Droit Privé (L.E.R.A.D.P.) de l'Université de Lille II sous la direction du Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez

De façon générale, les législateurs européens en sont venus progressivement à s'orienter vers un modèle dominant ou sont en train de le faire: ils privilégient l'exercice en commun par les père et mère.

D'abord érigé en règle générale à l'égard des époux pendant le mariage, l'exercice en commun de l'autorité parentale s'est trouvé peu à peu étendu à des père et mère non mariés ensemble selon des modalités plus ou moins larges en fonction des Etats, sous réserve des situations pour lesquelles ce processus est impraticable (Première partie).

Le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale par-delà même une rupture du couple, marié ou non, emporte aussi assez largement les faveurs des législateurs européens (Deuxième partie), soucieux de développer de façon générale un système de coparentalité en ce qu'il combine l'égalité entre homme et femme dans leur qualité de père ou de mère et le droit pour l'enfant, dans son intérêt, d'être élevé par ses deux parents et d'avoir des relations personnelles avec chacun d'eux sans distinguer selon que tous vivent ou non sous un même toit.

les 13 et 14 décembre 2001 ; des Actes seront publiés. Toutefois, sans attendre, cette analyse avait été transmise au secrétariat du Haut-Conseil de la Population et de la Famille.

Première partie

L'exercice de l'autorité parentale hors mariage

L'égalité conjugale et l'égalité parentale entre époux remontent généralement à la deuxième moitié du XX^{ème} siècle. L'acquis est important : la femme mariée est investie de l'autorité parentale et elle a vocation à l'exercer avec son mari. Partout en Europe, aussi bien dans les droits de la famille romano-germanique que dans le droit anglais (*Children Act*, 1989), les époux exercent aujourd'hui conjointement l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants communs élevés au foyer.

Quant à l'exercice en commun de l'autorité parentale par des père et mère non mariés ensemble³, il est devenu par la suite une question d'actualité, notamment sous l'influence du taux croissant de la vie commune hors mariage et par l'effet rebond du principe de l'égalité des filiations et de la volonté, voire de la nécessité, en politique législative d'étendre l'égalité parentale hors mariage en valorisant la place du père naturel. C'est à lui qu'il s'agit d'accorder sa part en supprimant le monopole de la mère et en instituant un partage entre eux de l'exercice de l'autorité parentale (chapitre 1). Toutefois, il subsiste des hypothèses où un seul parent exerce l'autorité parentale, ne serait-ce que dans le cas où la filiation n'est légalement établie qu'envers lui et c'est alors concrètement presque toujours la mère (chapitre 2).

Chapitre 1- L'exercice en commun de l'autorité parentale

Sur ce point, toutes les législations européennes n'évoluent pas au même rythme et on peut dégager plusieurs tendances :

- d'une part, les Etats où un exercice en commun est prévu de plein droit dans certains cas (1.1.) ;
- d'autre part, les Etats où il est subordonné à une déclaration conjointe des père et mère, exigeant comme telle tout à la fois la volonté du père et l'assentiment de la mère, laquelle n'a donc pas perdu toute influence sur le déclenchement du processus (1.2.).

1.1.- La coparentalité de plein droit

Les législations de quatre Etats érigent en principe général l'exercice conjoint de l'autorité parentale et par conséquent, elles ne distinguent pas entre parents mariés ou non.

De plus, elles en font une application de plein droit ; ainsi, la volonté privée n'est pas considérée comme une source d'obstacles et la règle déploie véritablement ses effets. Tel est le cas en Italie, en Espagne, en Belgique et en France, depuis la loi du 4 mars 2002. Un souci d'exhaustivité conduit à ajouter que c'est encore le cas depuis peu aux Pays-Bas, mais seulement dans le cadre de certains partenariats enregistrés.

³ Cette première Partie est consacrée à l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants nés hors mariage, mais ne vise pas l'hypothèse d'une séparation entre les père et mère, laquelle sera traitée dans la deuxième Partie en confrontation avec la situation d'une séparation entre époux.

En Italie, depuis une loi de 1975 (art. 315 à 337 du code civil), et en Espagne depuis une loi de 1981⁴, c'est la vie familiale concrète qui est prise en considération objectivement puisque le père et la mère partagent l'exercice de l'autorité parentale du seul fait qu'ils cohabitent et élèvent ensemble leur enfant, qu'ils soient ou non mariés⁵.

La loi belge du 31 mars 1987, qui a instauré l'égalité de traitement entre enfants, a opéré une profonde réforme des dispositions relatives à l'autorité parentale dans le code civil⁶ en admettant la même solution qu'en Italie et en Espagne. Puis l'évolution s'est poursuivie en Belgique avec une loi du 13 avril 1995⁷ qui est venue renoncer à la condition de cohabitation pour ériger en règle générale l'exercice en commun de l'autorité parentale sur un enfant né dans le mariage ou hors mariage sans plus distinguer selon que les parents cohabitent ou non. Ce faisant, la Belgique a dépassé les deux autres Etats. L'article 374 du code civil belge énonce que : « Lorsque les père et mère ne vivent pas ensemble, l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint et la présomption prévue à l'article 373 alinéa 2 s'applique »⁸. Dans les faits, la mise en oeuvre de cette disposition suppose néanmoins un contexte d'entente en dépit, le cas échéant, d'une absence constante ou d'une cessation de la cohabitation entre père et mère. Il importe ici de préciser que, dans ce même article, le législateur a pris des précautions, du fait des circonstances particulières, dans l'hypothèse où l'accord envisagé par les parents est contraire à l'intérêt du mineur, ou encore dans celle d'un désaccord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant ou sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique à retenir pour lui. Le juge, saisi alors par le parent le plus diligent, peut décider de confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un d'eux tout en aménageant les modalités de l'hébergement du mineur et de ses relations personnelles avec l'autre. En outre, le tribunal de la jeunesse pourrait subordonner la prise de certaines décisions au consentement des deux parents. De façon générale d'ailleurs, la loi de 1995 ouvre à chacun d'eux, en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, un recours judiciaire si surviennent des dissensions et les ressources de la médiation familiale instituée par la loi du 19 février 2001 pourraient dorénavant s'avérer ici très profitables. Il convient de souligner que la caractéristique d'un tel recours est précisément de ne pas remettre en cause l'exercice conjoint de l'autorité parentale et de tendre seulement à résoudre le différend portant sur l'accomplissement d'un ou plusieurs actes précis relatifs à la personne du mineur. Le tribunal peut ainsi autoriser l'un des parents à accomplir seul un acte déterminé (par exemple, inscrire l'enfant dans un nouvel établissement scolaire car c'est son intérêt, malgré l'opposition de l'autre). Evidemment, ce pourrait être le prélude d'une rupture du couple quand il partage une vie commune ou d'une demande par l'un des père et mère d'exercice exclusif de l'autorité parentale. En définitive, la législation belge de 1995 est animée par un esprit d'ouverture et de prudence et elle peut servir de source d'inspiration à des perspectives de réformes dans d'autres Etats.

⁴ En Espagne, depuis la Loi n°11/1981 du 13 mai 1981, l'article 154 du code civil dispose que les enfants non émancipés sont soumis à l'autorité de leur père et mère. Cette règle tend à mettre en oeuvre dans ce domaine le principe de l'égalité de traitement entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage, tel qu'il est proclamé par l'article 39-2 de la constitution de 1978.

⁵ Il faut bien sûr supposer que la filiation de l'enfant est légalement établie à l'égard de chacun d'eux.

⁶ Selon l'article 373 alinéa 1 (réécriture issue de la loi du 31 mars 1987), lorsqu'ils vivent ensemble, les père et mère exercent conjointement leur autorité sur la personne de l'enfant.

⁷ Entrée en vigueur le 3 juin 1995.

⁸ L'article 373, alinéa 2 énonce : "A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un acte de cette autorité sous réserve des exceptions prévues par la loi".

En France, l'alinéa 1^{er} de l'article 372 du Code civil, modifié par la loi du 4 mars 2002 et inséré dans un paragraphe intitulé « principes généraux », énonce en règle de principe que « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale », sans distinguer selon qu'ils sont ou non mariés ensemble, ni selon qu'ils cohabitent ou non. S'ils ne sont pas mariés, l'alinéa 2 prévoit toutefois un tempérament dans les cas d'établissement tardif de la filiation envers l'un d'eux (au-delà de l'âge d'un an pour l'enfant) alors que la filiation se trouvait déjà établie envers l'autre parent, ou en cas d'établissement contraint à l'issue d'une action en recherche. Mais, même dans de telles situations, il pourrait y avoir exercice en commun de l'autorité parentale sur déclaration conjointe enregistrée (alinéa 3), ce qui montre bien le vœu du législateur de favoriser cette solution et son souci de l'étendre autant que possible, en faisant alors de l'accord de volontés une voie subsidiaire (*cf. infra* 1.1.1.).

Enfin aux Pays-Bas, où l'exercice conjoint de l'autorité parentale hors mariage nécessite en principe une déclaration commune des père et mère (*cf. infra* 1.1.2.), une loi du 4 octobre 2001 a prévu cependant que, comme dans le mariage, l'exercice conjoint de l'autorité parentale est de droit à l'égard d'un enfant né durant un partenariat enregistré entre un homme et une femme ou entre deux femmes⁹.

1.2.- La coparentalité par accord des volontés privées

Cette solution peut apparaître comme un moyen terme en politique législative, puisqu'elle ouvre la voie à un exercice en commun sans toutefois l'imposer à la mère ni au père. Elle suppose l'acceptation de la mère et une implication positive du père car ensemble, ils doivent en faire la déclaration dans les formes imparties par la loi et, dans certains Etats, sous réserve d'un contrôle d'opportunité. Il faut donc que le père s'intéresse à l'enfant et entende participer à l'exercice de l'autorité parentale. Mais en cas de refus de la mère et sous réserve de certains correctifs prévus parfois, il ne le pourrait pas, quand bien même il l'aurait souhaité et qu'il contribuerait d'ailleurs à l'entretien du mineur. Ce système valorise les accords de volontés dans l'intérêt de l'enfant. Il rencontre ces derniers temps un succès assez large auprès des législateurs européens, puisqu'à l'instar de la législation danoise ou suédoise, plusieurs lois assez récentes l'ont adopté, comme la loi néerlandaise¹⁰, allemande¹¹, portugaise¹², luxembourgeoise, suisse¹³, grecque¹⁴ et avec quelques particularités, le droit anglo-saxon¹⁵, tandis que la loi française du 4 mars 2002 en fait une solution subsidiaire et désormais indépendante de toute condition de vie commune (*cf. supra* A: art. 372, al. 2 et 3 du Code civil). Corrélativement, ce système marque bien une

⁹ Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

¹⁰ Réforme législative entrée en vigueur le 2 novembre 1995.

¹¹ Loi du 16 décembre 1997, portant réforme du droit de l'enfance (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*), entrée en vigueur le 1er juillet 1998.

¹² Loi du 30 juin 1999.

¹³ Loi du 26 juin 1998, portant réforme du divorce, entrée en vigueur le 1er janvier 2000. Outre les dispositions consacrées au divorce, elle modifie les règles applicables à l'autorité parentale lorsqu'il s'agit d'enfants nés hors mariage.

¹⁴ Loi n°1329 de 1983.

¹⁵ *Children Act*, 1989.

régression, à défaut d'abandon pur et simple, de l'attribution à la mère seule¹⁶, ce qui n'empêche pas la fixation de la résidence habituelle du mineur auprès d'elle¹⁷ en vertu de l'accord passé avec le père dans les Etats où la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale n'est pas subordonnée à leur cohabitation.

Les législations scandinaves accordent une place importante aux accords de volontés en droit de la famille, dans l'espoir d'y voir les conflits désamorcés. Si l'on prend l'exemple du Danemark, depuis une réforme réalisée en 1985, les parents non mariés, qu'ils vivent ou non ensemble, peuvent exercer en commun l'autorité parentale s'ils concluent en ce sens une convention ; à moins de compromettre l'intérêt du mineur, elle est enregistrée par l'autorité administrative locale. En Suède, les parents naturels peuvent aussi faire une déclaration d'exercice conjoint. Avec le recul, on a pu constater que le processus fonctionne bien.

D'autres législations, plus récentes, procèdent du même esprit : sur le fondement d'une volonté commune des père et mère naturels, l'autorité parentale peut être exercée conjointement par eux dans des conditions plus ou moins strictes selon les Etats.

Aux Pays-Bas, les père et mère font une déclaration conjointe auprès du greffier du canton qui l'inscrit dans un registre spécial. Il ne peut opposer un refus que dans quelques cas limitativement énumérés, notamment quand l'un des parents est incapable d'exercer l'autorité parentale ou en a été déchu, ou encore - et l'hypothèse est originale - si le parent titulaire exerce déjà avec un tiers « l'autorité commune »¹⁸. On notera que la loi n'exige pas la cohabitation des père et mère¹⁹. Par ailleurs, comme les autres législations européennes qui admettent aussi l'exercice en commun de l'autorité parentale par déclaration conjointe, le code civil néerlandais n'énonce pas de condition d'âge pour l'enfant au moment de la reconnaissance paternelle²⁰. Il faut relever qu'à défaut de consentement de la mère sur un partage de l'autorité parentale, le père peut, après avoir reconnu l'enfant, surmonter l'obstacle en demandant au juge du canton de lui attribuer l'autorité parentale conjointement avec la mère et il obtiendra satisfaction si c'est l'intérêt du mineur.

En Grèce, les « soins parentaux »²¹ sont exercés par le père naturel en commun avec la mère à condition tout à la fois qu'il ait volontairement reconnu l'enfant, que la mère ait donné son accord et qu'une décision judiciaire soit rendue en ce sens dans l'intérêt de l'enfant ; le tribunal peut admettre un partage général ou limité à certaines prérogatives seulement²².

¹⁶ Le principe général de la dévolution de l'autorité parentale à la mère naturelle est en partie lié au fait que la filiation maternelle est établie immédiatement dès l'accouchement par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance dans quasiment tous les droits européens et que l'enfant est élevé par celle-ci. L'établissement de la paternité, qui résulte d'une reconnaissance ou d'une action en justice, peut être tardif et le père ne s'intéresse pas nécessairement à l'éducation du mineur.

¹⁷ Cela reste une situation très fréquente en pratique.

¹⁸ En effet, depuis une loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, l'un des parents peut exercer « l'autorité commune » (la loi ne parle pas alors d'autorité parentale) avec son nouveau conjoint, concubin ou partenaire enregistré (lequel peut être du même sexe ou de sexe opposé).

¹⁹ C'est une nette différence avec l'article 372, alinéa 2 du Code civil français. Le système est en revanche comparable à celui de l'article 374, alinéa 2.

²⁰ C'est une autre différence avec l'article 372, alinéa 2 du Code civil français.

²¹ Selon l'expression utilisée dans les textes.

²² Voir l'article 1515 du Code civil grec.

En Autriche, l'exercice en commun de l'autorité parentale peut être prévu par une décision judiciaire, rendue en vertu du §167 du code civil, dans l'intérêt de l'enfant et à la requête des père et mère lorsqu'ils cohabitent.

En Allemagne, le droit de l'enfance a fait l'objet d'une réforme de très grande ampleur par trois lois²³. En prenant pour axe majeur l'égalité entre enfants, elles ont bouleversé le droit de la filiation et de l'enfance et l'ont mis en harmonie avec la Convention de New York²⁴. Auparavant, l'autorité parentale était soumise à une loi du 18 juillet 1979, devenue obsolète, spécialement pour ce qui avait trait aux enfants nés hors mariage puisque certaines dispositions les concernant avaient été déclarées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle fédérale²⁵. Désormais, le B.G.B.²⁶ décline au §1626 des principes généraux applicables en matière d'autorité parentale : selon l'alinéa 1^{er}, les père et mère ont le devoir et le droit d'exercer l'autorité parentale sur leur enfant mineur et ont ainsi conjointement le droit de garde sur sa personne et sur ses biens. La réforme, qui a été bien accueillie sur ce point, innove considérablement en ouvrant la possibilité d'attribuer l'autorité parentale en commun aux père et mère lorsque l'enfant est né hors mariage²⁷ : que les père et mère cohabitent ou qu'ils vivent séparément, ils partagent la garde de l'enfant naturel à condition qu'avant ou après la naissance - peu importe - ils en fassent la déclaration conjointe devant un notaire ou devant l'Office de la jeunesse²⁸. L'autorité qui reçoit cette déclaration n'a pas compétence pour en apprécier l'opportunité; elle est tenue de procéder à son enregistrement²⁹.

Au Luxembourg, de la même manière, la loi subordonne l'exercice en commun de l'autorité parentale simplement à la déclaration conjointe des père et mère et le juge des tutelles doit l'enregistrer, sans pouvoir procéder à aucun contrôle d'opportunité³⁰.

Au Portugal, la « puissance paternelle » est exercée en commun par les père et mère à la double condition qu'ils en fassent la déclaration conjointe devant l'autorité compétente et qu'ils vivent en concubinage, à défaut de quoi elle l'est en principe par la mère seule³¹.

²³ Loi portant réforme du droit de l'enfance (citée *supra* note 10); loi sur l'assistance légale (*Beistandschaftsgesetz*); loi sur l'égalité des enfants en matière successorale (*Erbrechtsgleichstellungsgesetz*).

²⁴ En Allemagne, la Convention de New York est en vigueur depuis le 5 avril 1992.

²⁵ Voir par exemple un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 7 mai 1991 déclarant inconstitutionnelle la disposition selon laquelle en cas de légitimation par autorité judiciaire, la mère se trouvait de plein droit privée de l'autorité parentale, même lorsqu'elle vivait avec le père.

²⁶ *Bürgerlichgesetzbuch* (Code civil allemand).

²⁷ Dans le droit antérieur, l'autorité parentale appartenait à la mère seule (§1705 ancien du B.G.B.) ou assistée d'un curateur chargé de représenter ou d'assister l'enfant (§1709 ancien du B.G.B.). Le père naturel était privé de toute prérogative en la matière, sauf s'il légitimait l'enfant ou s'il l'adoptait (anciens §1723 et §1741, alinéa 3 du B.G.B.). Mais pour cela, il lui fallait le consentement de la mère.

²⁸ Voir le §1626 a, alinéa 1 du B.G.B.

²⁹ A noter que l'autorité parentale peut encore être dévolue aux père et mère, mais de plein droit, s'ils se marient ensemble, comme cela aurait été le cas si la célébration avait précédé la naissance (§1626 a, alinéa 1 du B.G.B.).

³⁰ Voir l'article 380, alinéa 1 du Code civil luxembourgeois.

³¹ Voir l'article 1911 du Code civil portugais.

En Suisse, la loi a récemment innové en permettant à des parents non mariés d'exercer en commun l'autorité parentale lorsque les conditions du nouvel article 298a du Code civil - qui sont assez strictes - se trouvent réunies : ils doivent présenter une requête à cette fin et elle doit être conforme à l'intérêt du mineur. A leur requête, les parents doivent joindre une convention qui fixe leur participation respective à l'entretien et à la prise en charge de l'enfant. La requête est soumise à la ratification de l'autorité tutélaire de surveillance. S'il est vrai que la loi ne distingue pas selon que les requérants vivent ou non en concubinage et donc qu'elle ne contient aucune exigence sur ce point, on a constaté qu'en pratique l'autorité tutélaire leur donne plus volontiers satisfaction en cas de vie commune; ainsi, cet élément n'est pas neutre dans le contrôle de l'opportunité et dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant.

Enfin, en Angleterre et au Pays de Galles, une importante réforme est résultée du *Children Act*. Lorsque les père et mère ne sont pas mariés ensemble³² et, abstraction faite d'une vie commune ou non entre eux³³, le père naturel peut acquérir la responsabilité parentale avec la mère si tous deux concluent en ce sens un accord qui est soumis à un juge de paix ou à un greffier pour certification et enregistrement en présence de témoins³⁴.

En définitive, on constate une extension très nette du domaine de l'exercice conjoint de l'autorité parentale hors mariage. Pourtant, il demeure inévitablement des situations où il faut attribuer à l'un des parents, père ou mère seulement l'exercice de l'autorité parentale, sans pour autant négliger le droit pour l'autre et pour l'enfant d'entretenir ensemble des relations personnelles.

Chapitre 2 - L'exercice unilatéral de l'autorité parentale

Dans les législations européennes et sous réserve des particularités du droit anglais (*cf. infra*), l'exercice exclusif de l'autorité parentale par l'un des père et mère consiste pour celui-ci à avoir seul la garde³⁵ du mineur, ce qui inclut traditionnellement la fixation de la résidence habituelle de l'enfant chez lui et souvent - mais pas toujours - le pouvoir de prendre seul les décisions importantes relatives à la personne de l'enfant. C'est alors le plus fréquemment la mère qui en est investie, solution que la lettre de la loi prévoit parfois autoritairement et plus particulièrement hors mariage aujourd'hui encore.

Néanmoins, dans tous les Etats, des droits sont reconnus au parent non gardien, qui est donc très généralement le père, et avant tout un droit de visite et le droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant, y compris grâce aux procédés modernes de communication, sauf bien sûr dans des cas exceptionnels où ce serait contraire à l'intérêt du mineur. Sur ce

³² Voir spécialement la Section 2 du *Children Act*.

³³ Mais en pratique, cette solution correspond généralement à une situation de vie en couple.

³⁴ A cette fin, les père et mère signent tous deux un formulaire spécial (*parental responsibility agreement*). La mère ne peut pas le révoquer par sa seule volonté. En revanche, il pourrait y être mis fin en justice (voir la Section 4 du *Children Act*).

³⁵ Quand il n'est pas remplacé par des expressions dérivées ou des périphrases, le terme « garde » figure encore dans un certain nombre de lois étrangères, ce qui justifie son utilisation dans les développements ci-après.

point, les normes internationales³⁶ et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme constituent des facteurs décisifs. En effet, en matière de relations personnelles, la Cour Européenne a décidé que les Etats ont des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée familiale³⁷ et notamment celle de permettre d'entretenir et de développer des liens familiaux³⁸. Il y va d'abord de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁹ et dans cette perspective, la Cour attache une importance particulière à la nécessité de prendre dûment en considération les sentiments exprimés par l'enfant pour statuer sur une requête le concernant⁴⁰, l'audition du mineur doué de discernement ou le recueil de son avis étant désormais une constante dans les lois européennes. Il y va ensuite du droit du parent non gardien à mener une vie privée familiale et à conserver des liens avec son enfant.

Outre l'hypothèse évidente d'un établissement légal unilinéaire de la filiation, l'attribution de la garde à un parent correspond assez largement, quoique non exclusivement, à une situation matérielle de vie séparée, soit que les père et mère aient divorcé ou rompu une union libre (*cf. infra* Deuxième partie), soit qu'ils n'aient jamais vécu ensemble ; elle peut encore correspondre de façon générale à l'absence de convention entre eux sur un exercice en commun de l'autorité parentale, soit parce que la mère s'y est refusée en dépit des désirs du père, soit parce que le père n'en a pas exprimé le vœu et manifeste une entière indifférence pour son enfant.

L'évolution en cours en Europe continentale consiste à améliorer la situation juridique du père, spécialement quand il n'est pas marié avec la mère, comme cela vient d'être fait en France par la loi du 4 mars 2002. En ce domaine, des progrès substantiels se sont avérés indispensables, tant pour satisfaire objectivement aux principes découlant des engagements internationaux contractés par les Etats que dans l'intérêt du père et de l'enfant ; il s'est agi notamment d'éviter un éloignement progressif de l'enfant par rapport à son père, qui pouvait parfois être dissuadé et découragé par la mère de témoigner toute marque d'affection et d'attention à l'enfant.

Quant aux parents non mariés qui n'ont jamais vécu ensemble, leur enfant va en fait résider habituellement chez l'un d'eux, conformément aux arrangements prévus et à l'égard desquels les législateurs n'ont guère de réticence. Mais à défaut de tels arrangements ou en cas de survenance d'un désaccord, l'un des père et mère réclamera en justice un droit de visite, voire la garde, et il appartiendra au juge de trancher.

Voilà brièvement présenté le contexte dans lequel sont déterminés les droits du parent non gardien et les modalités de leur mise en oeuvre. Partout, son droit de visite est ordinairement exercé à son domicile et selon une périodicité établie, sauf si la situation commande la présence d'un tiers ou un lieu neutre. Partout encore, dans l'intérêt du mineur, les modalités de ce droit sont modifiables lorsque des circonstances nouvelles le justifient.

³⁶ Notamment la Convention de New York (précitée) et la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants. Voir encore le projet de convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles concernant les enfants.

³⁷ C.E.D.H. 13 juin 1979, arrêt Marckx/Belgique, série A, n°31.- C.E.D.H. 26 mars 1985, arrêt X. et Y./Pays-Bas, série A, n°91.

³⁸ C.E.D.H. 27 octobre 1994, arrêt Kroon et autres/Pays-Bas, série A, n°297-C.

³⁹ C.E.D.H. 7 août 1996, arrêt Johansen/Norvège, série A, n°260.

⁴⁰ C.E.D.H. 23 septembre 1994, arrêt Hokkanen/Finlande, série A, n°299-A.

Il reste enfin à porter un bref regard sur le rôle de l'enfant : peut-il lui-même être partie à une procédure relative au droit de visite ? S'il est constant qu'il peut faire connaître son sentiment, soit selon certaines conditions d'âge, soit selon que le juge le considère comme doué d'un discernement suffisant, c'est seulement dans une très faible minorité d'Etats que lui est reconnue la possibilité d'être partie à la procédure. Aux Pays-Bas, à partir de douze ans, il peut lui-même agir en justice. Au Royaume-Uni, il le peut aussi et sans condition d'âge, avec éventuellement l'aide judiciaire, si la *High Court* l'y autorise en raison de sa maturité. Au Luxembourg et en Irlande, cette possibilité est enfermée dans des limites très étroites et dans des situations particulières où l'enfant fait l'objet d'une protection spéciale⁴¹.

Comme nous l'avions annoncé, il faut cependant mettre à part l'Angleterre et le Pays de Galles, où une amélioration de la situation du père naturel s'imposerait sans aucun doute : en effet, la responsabilité parentale hors mariage n'est attribuée qu'à la mère toutes les fois qu'il n'y a pas d'accord entre elle et le père sur une attribution à l'un et l'autre⁴², notamment pour cause de refus de la mère, et à défaut de décision judiciaire en faveur du père. Le père peut surmonter l'obstacle élevé par un refus de la mère et obtenir du juge l'attribution de la responsabilité parentale à condition de démontrer de façon convaincante qu'il y va de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴³; la mère en demeure aussi investie. Il peut encore songer à réclamer au tribunal une ordonnance de résidence de l'enfant auprès de lui, dans l'intérêt du mineur, ce qui emportera l'attribution de la responsabilité parentale, en même temps qu'à la mère là encore⁴⁴; il en restera titulaire jusqu'à son terme normal. L'attribution de la responsabilité parentale au père, à côté de la mère, permet à celui-ci de participer à l'éducation de l'enfant. Dans ces hypothèses, le droit anglais retient une responsabilité conçue comme une fonction commune aux père et mère, mais dont chacun fait un exercice indépendant : l'un peut agir sans en référer à l'autre, sous réserve des actes pour lesquels la loi exige le consentement de chacun.

Si le père ne surmonte pas un refus de la mère et parce qu'il n'est pas alors investi de la responsabilité parentale, il n'a pas le droit d'être consulté et informé sur les décisions

⁴¹ Voir « Le droit de visite des enfants en Europe », document préparé par la Direction des Affaires Juridiques du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 6 décembre 1999.

⁴² Il y a quelques années, des perspectives de changements furent annoncées, dont le partage de plein droit de la responsabilité parentale hors mariage à la condition que le père eût reconnu l'enfant. Pour l'instant, une telle réforme n'a pas encore été réalisée.

⁴³ Le tribunal rend alors un « *parental responsibility order* ». Cela n'empêche pas que l'enfant puisse résider habituellement auprès de sa mère. Bon nombre de ces requêtes reçoivent un accueil favorable du tribunal qui prend en considération les liens affectifs entre le père et son enfant ainsi que les motivations du père. Si des circonstances nouvelles venaient le justifier, le tribunal pourrait mettre fin à ce processus.

⁴⁴ La loi prévoit en effet que l'enfant peut avoir plusieurs résidences et le juge peut préciser dans sa décision combien de temps le mineur séjournera dans chacune d'elles.

A titre indicatif, en Angleterre et au Pays de Galles, les naissances hors mariage représentent environ un tiers des naissances. Environ 80 % des actes de naissance indiquent l'identité du père et le fait qu'il vit avec la mère. Or le nombre de « *parental responsibility agreements* » ou de « *parental responsibility orders* » demeure réduit : par exemple, en 1996, sur 649 485 naissances déclarées, 35,8 % des enfants sont nés hors mariage et on sait que 78 % ont été enregistrés avec la mention du nom du père et avec l'indication d'une vie en concubinage entre le père et la mère. Mais on a compté seulement 5 587 « *parental responsibility orders* » et environ 3 000 « *parental responsibility agreements* ». Sur ce dernier point, il semblerait que les concubins, parents d'un enfant commun, ignorent souvent la nécessité de conclure un « *parental responsibility agreement* » et croient que le père naturel est de plein droit investi de la responsabilité parentale, comme la mère (voir S.M. Cretney, Les familles recomposées en droit anglais, *in* Quels repères pour les familles recomposées? sous la direction de M-T Meulders-Klein et I. Théry, L.G.D.J. coll. Droit et société, vol.10, 1995, p.141).

courantes, ni même *a fortiori* sur les questions graves concernant l'enfant. L'établissement du lien de filiation paternelle hors mariage n'implique pas automatiquement l'attribution même de la responsabilité parentale, ni en conséquence un quelconque exercice. Le droit anglais maintient ici une discrimination difficilement justifiable au détriment du père naturel par rapport au père légitime et se trouve en retrait par rapport aux législations continentales, alors qu'en inversement il a une approche assez ouverte de l'exercice de la responsabilité parentale dans l'hypothèse d'une séparation conjugale.

Deuxième partie

Les incidences sur l'exercice de l'autorité parentale d'une rupture du couple marié ou non marié

La rupture de la vie commune produit nécessairement des conséquences sur la mise en oeuvre concrète des droits et devoirs liés à l'autorité parentale : c'est vrai aussi bien en cas de divorce ou de séparation de corps qu'à la suite de la rupture d'un concubinage. Tandis que dans certains Etats, la fin de la vie commune du couple entraîne la fin de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (chapitre 1), l'idée a émergé ici ou là de préserver, autant que faire se peut et dans l'intérêt de l'enfant, la continuité du couple parental en dépit de la cessation de la cohabitation entre les père et mère et de maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale pour sauvegarder la coparentalité (chapitre 2).

Chapitre 1 - La cessation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale liée à la rupture de la communauté de vie

En Espagne et en Italie, où à la cohabitation entre époux ou entre concubins la loi attache de plein droit un exercice conjoint de l'autorité parentale, la cessation de la vie commune emporte en principe de plein droit l'effet inverse : les père et mère demeurent certes cotitulaires de l'autorité parentale, mais l'exercice en est attribué à celui chez lequel le mineur a sa résidence habituelle.

Deux précisions méritent cependant d'être apportées : en premier lieu, les décisions importantes nécessitent le consentement des deux parents parce qu'ils sont ensemble titulaires de l'autorité parentale et l'un pourrait saisir le juge en cas d'opposition de l'autre et de blocage du mécanisme décisionnel.

En deuxième lieu, le principe de l'exercice exclusif de l'autorité parentale par le père ou par la mère peut comporter des tempéraments. Ainsi, en Espagne, l'enfant ayant sa résidence habituelle auprès d'un de ses parents, l'autre peut demander au juge, qui apprécie, de partager entre eux les diverses prérogatives relatives à la personne de l'enfant, solution qui ne manque pas d'intérêt.

En Belgique, la loi de 1987 avait admis les mêmes règles que dans les deux Etats précédents, mais la réforme de 1995 a renoncé à cette logique pour en retenir une autre dans laquelle l'exercice en commun de l'autorité parentale se trouve désormais détaché de toute condition de vie de couple. De la sorte, l'exercice en commun subsiste, malgré une rupture entre époux ou entre concubins. Evidemment, si la rupture est conflictuelle et si les parents ne s'accordent pas sur l'organisation de l'hébergement du mineur ou sur les décisions importantes à son sujet tout en refusant toute médiation familiale ou en cas d'échec de celle-ci, ou encore - et cela, quel que soit le contexte de la rupture - s'ils envisageaient un accord contraire à l'intérêt de leur enfant, le juge pourrait confier à l'un d'eux l'exercice de l'autorité parentale ou imposer que certaines décisions graves soient nécessairement prises avec le consentement de chacun.

Chapitre 2 - La continuité de l'exercice en commun de l'autorité parentale par-delà la séparation du couple

Sous réserve de la législation belge depuis 1995 et de la récente réforme française du 4 mars 2002⁴⁵, une comparaison des législations européennes conduit à distinguer selon que les parents étaient ou non mariés. En effet, jusqu'à présent, le principe du maintien de l'exercice en commun a acquis davantage d'ampleur à la suite d'un divorce ou d'une séparation de corps qu'à l'occasion d'une rupture entre concubins. Il est vrai que les réformes du divorce se sont succédées un peu partout en cette fin de siècle et que les législateurs se sont souvent préoccupés d'épargner à l'enfant de profonds bouleversements. Préserver la coparentalité est justement l'un des moyens envisagés, avec pour support la continuation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (1.1.).

L'attention portée au concubinage est un phénomène plus récent, imposé notamment par le poids des faits. Pour ce qui touche à l'autorité parentale dans la famille hors mariage, les législateurs ont avancé plus timidement et avec davantage d'hésitations, sans doute parce que le contexte était plus flou (1.2.).

2.1. - En cas de divorce ou de séparation de corps

Le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale peut avoir l'un ou l'autre des fondements suivants: soit il résulte d'une convention homologuée et contrôlée par l'autorité judiciaire ou administrative compétente (1.1.1.), soit il procède de l'autorité de la loi qui l'élève en principe général (1.1.2.).

2.1.1.- Accord entre les parents

La tendance dominante à l'heure actuelle est nettement en faveur des accords entre époux et spécialement en ce qui concerne l'exercice des prérogatives et obligations parentales à l'issue du divorce, avec une préférence avouée pour le maintien d'un partage comme durant le mariage. Ce sont les pays scandinaves qui initialement en ont offert l'exemple le plus performant. La large place reconnue aux techniques de médiation n'y est pas étrangère. Ainsi au Danemark, les époux peuvent passer un accord en vue de continuer à exercer conjointement l'autorité parentale, comme pendant le mariage, et cet accord doit être enregistré par l'autorité administrative locale compétente. Cela suppose entre eux un consensus sur toutes les questions importantes relatives à l'enfant, notamment sur le lieu de sa résidence habituelle bien sûr et sur l'aménagement de ses relations avec l'autre. A défaut d'une telle convention, le maintien de l'exercice en commun ne peut certes pas leur être imposé, mais il leur faudra tout de même convenir lequel d'entre eux aura seul l'exercice de l'autorité parentale et cette convention sera soumise à enregistrement par l'autorité administrative. Par conséquent, dans un cas comme dans l'autre, ils doivent parvenir à un accord, soumis pour contrôle d'opportunité et pour enregistrement à l'autorité compétente. Afin d'en faciliter la réalisation, des consultations de médiation peuvent être organisées.

⁴⁵ Comme la législation belge, l'article 373-2 du Code civil en France ne distingue pas entre parents mariés ou non lors de leur séparation et pose en principe général que : «La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale».

En Suisse, la récente réforme du divorce a profondément modifié les règles applicables en introduisant la possibilité pour le juge de maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale⁴⁶. Il faut que les époux lui en fassent conjointement la demande et qu'ils présentent un projet de convention aménageant la participation de chacun à l'entretien et à l'éducation du mineur. A moins que ce projet soit contraire à l'intérêt du mineur, le juge le ratifie.

Cette réforme, qui était attendue, a été bien accueillie. L'exercice de l'autorité parentale par un seul des père et mère n'est donc prévu qu'à défaut d'accord sur un partage ou, comme au Danemark, lorsque les père et mère ont tous deux suggéré cette solution, auquel cas le juge ratifie cette autre forme de convention.

En Grèce, à l'occasion d'un divorce, le tribunal peut attribuer aux deux époux le droit et le devoir d'exercer les soins parentaux s'ils ont passé un accord en ce sens avec fixation de la résidence habituelle de l'enfant chez l'un d'eux⁴⁷. C'est la solution qui rencontre les préférences du législateur et des juges. Toutefois en l'absence d'accord, le tribunal confie l'exercice des soins parentaux à l'un d'eux, à moins qu'il juge opportun un partage entre les père et mère selon des modalités qu'il fixe.

En Angleterre et au Pays de Galles, les époux demeurent titulaires ensemble de la responsabilité parentale après divorce. Dans le respect de l'intérêt de l'enfant, toute latitude leur est laissée pour trouver un accord sur sa mise en oeuvre en fonction de leur situation concrète. Ils peuvent prévoir d'attribuer la garde à l'un (en pratique, c'est alors le plus souvent à la mère) ou à l'un et l'autre et ils organisent à leur gré l'hébergement de l'enfant et ses relations avec chacun. Il peut y avoir garde partagée et résidence alternée⁴⁸; le parent chez lequel réside le mineur prend les décisions courantes du moment présent. On peut relever que non seulement l'hébergement alterné est ainsi permis, mais qu'il est considéré comme souhaitable chaque fois que les circonstances s'y prêtent. Le tribunal n'est conduit à trancher autoritairement la question de la garde que si elle suscite un litige entre les époux ou si les modalités de l'accord envisagé par eux sur ce point compromettent l'intérêt de l'enfant.

En définitive, ces législations traduisent une double préférence dans l'intérêt de l'enfant et de la paix de l'après divorce: une faveur très nette pour laisser aux époux le soin de dégager un accord, doublée d'une préférence pour une convention admettant un partage dans la continuité du passé, avec l'espoir qui y est lié d'une association aussi large que possible et pouvant aller éventuellement jusque dans les actes usuels.

⁴⁶ Dans le droit antérieur, le juge du divorce était tenu d'attribuer à l'un des époux seulement - le père ou la mère - la garde selon le meilleur intérêt de l'enfant. Un certain nombre de décisions n'avaient pas hésité à violer ce principe, ce qui avait conduit la jurisprudence fédérale à rappeler le caractère impératif de la loi à plusieurs reprises.

⁴⁷ Voir les articles 1513 et 1514 du Code civil grec.

⁴⁸ Cette solution avait été admise dès 1964 (affaire *Clissold v. Clissold* (1964) 108 S.J. 220).

2.1.2.- Absence d'accord entre les parents

D'autres législateurs vont plus loin, dans la perspective de l'égalité entre parents après divorce: selon le mode suédois⁴⁹, la loi pose en règle de principe le maintien de plein droit de l'exercice en commun de l'autorité parentale sauf si les circonstances concrètes commandent au juge de confier à l'un d'eux la garde du mineur dans son intérêt, l'autre parent ayant alors un droit de visite. Outre la Belgique depuis la loi du 13 avril 1995 et la France depuis la réforme du 4 mars 2002, les Pays-Bas et l'Allemagne, par exemple, s'inscrivent dans cette tendance.

Aux Pays-Bas, la loi⁵⁰ maintient en principe l'exercice en commun de l'autorité parentale lors du divorce et la résidence habituelle de l'enfant est fixée chez l'un des époux⁵¹. Par exception à cette règle et à condition que l'intérêt du mineur le commande, le tribunal peut attribuer la garde à l'un d'eux⁵².

En Allemagne, la nouvelle législation⁵³ a érigé en principe général l'attribution conjointe de l'autorité parentale en cas de divorce ou de séparation prolongée des époux⁵⁴, mais à la différence de ce qui s'est passé en Suisse, cette innovation a rencontré de vives critiques, les mentalités étant restées fortement attachées à la règle absolue de l'attribution exclusive de la garde à l'un des parents (et en pratique, à la mère). Le législateur a pris la précaution de prévoir un mécanisme préventif des conflits susceptibles de surgir une fois le divorce prononcé, le moment venu pour les anciens époux d'exercer ensemble au quotidien leur responsabilité sur l'enfant. La loi se range en effet à ce partage raisonnable et assez classique des compétences : l'accord des deux parents est nécessaire pour toute décision présentant une importance particulière à propos du mineur, comme le choix de sa religion ou de son orientation scolaire. A défaut de consensus, l'un d'eux aurait la possibilité de saisir le tribunal de la famille qui pourrait donner au père ou à la mère le pouvoir de trancher⁵⁵. Bien sûr, si les différends venaient à se multiplier, le père ou la mère pourrait demander au tribunal de lui accorder exclusivement la garde. Pour le reste, le parent chez lequel l'enfant réside habituellement prend seul les décisions courantes et accomplit les

⁴⁹ Une loi du 1^{er} juillet 1983 a prévu le maintien automatique de la garde conjointe après divorce. Cela suppose bien sûr un accord parental sur la résidence habituelle du mineur et la médiation joue un rôle décisif dans ce système. Quelque 95 % des divorces sont ainsi réglés par consentement mutuel et accord sur toutes leurs conséquences.

⁵⁰ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

⁵¹ Voir l'article 251, alinéa 2 du Livre I^{er} du Code civil néerlandais.

⁵² Avant cette réforme, le code civil retenait le système inverse : l'autorité parentale était dévolue exclusivement à l'un des époux divorcés (en fait, à la mère le plus souvent), à moins qu'une décision judiciaire n'ait prévu un exercice en commun.

⁵³ Dans le droit antérieur (loi du 18 juillet 1979), l'autorité parentale ne pouvait être attribuée qu'à un seul des époux lors du divorce (ancien § 1671, alinéa 4 du B.G.B.), l'attribution conjointe étant en principe prohibée sauf si l'intérêt du mineur l'exigeait. Mais ce principe avait été déclaré inconstitutionnel (en ce sens une décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale du 3 novembre 1982: BVerfG, 3 nov. 1982, BVerfGE 61, 358), ce qui n'empêchait pas les juridictions de n'accorder l'exercice en commun de l'autorité parentale que dans un nombre limité d'affaires au mépris de cette décision. Voir F. Furkel, De la dernière discrimination des sexes en Allemagne : la responsabilité parentale dans la filiation naturelle et en cas de désunion du couple marié, R.I.D.comp.1992, p.609.

⁵⁴ Il s'agit de l'hypothèse où les époux, qui jusque là exerçaient ensemble l'autorité parentale et le droit de garde, vivent désormais séparés durablement mais sans divorcer (§1671, alinéa 1 du B.G.B.).

⁵⁵ Voir le §1628 du B.G.B.

actes usuels⁵⁶ ; lors des séjours de l'enfant chez l'autre, ce dernier prend seul les décisions courantes.

Effectivement, dans toutes ces situations où les époux divorcés continuent à partager l'autorité parentale, comme pendant la durée du mariage, le bon fonctionnement du système commande un équilibre entre les prérogatives de chacun. Concrètement, c'est fréquemment l'élément déterminant de l'accord soumis au contrôle de l'autorité compétente pour prononcer le divorce et statuer sur ses conséquences. Et lorsque c'est le législateur qui pose en principe général l'exercice conjoint de l'autorité parentale, il est conduit à prévoir des garanties au profit du parent chez lequel l'enfant n'a pas sa résidence habituelle ; c'est parfois à ce prix qu'un contentieux permanent pourra être évité. Maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le souci d'égalité entre père et mère, de continuité du couple parental et de l'intérêt de l'enfant emporte logiquement l'aménagement et la préservation des droits et des relations personnelles de l'autre parent avec son enfant. Sur ce point, la résidence alternée ne reçoit pas encore un très large écho si ce n'est au Royaume-Uni et elle vient d'être inscrite dans le Code civil en France par la loi du 4 mars 2002.

Malgré tout, il existe toujours des situations d'exception et où l'exercice de l'autorité parentale mérite d'être attribué à un seul des père et mère, l'autre se voyant attribuer un droit de visite⁵⁷ aménagé par le juge avant tout selon les suggestions consensuelles des

⁵⁶. Voir le §1687, alinéa 1 du B.G.B.

⁵⁷ Par exemple, en Angleterre et au Pays de Galles, par préférence à un système de garde partagée, les époux peuvent s'entendre lors du divorce pour attribuer la garde à l'un d'eux et c'est à la mère généralement. Cependant, il faut rappeler que du fait même du mariage, chacun demeure titulaire de la responsabilité parentale et participe à la prise des décisions importantes. Le parent gardien prend seul les décisions courantes. L'autre peut exprimer son opposition à un acte grave (par exemple, à un changement du nom de l'enfant, ou à son adoption, ou à sa sortie du territoire pour une longue durée); il peut en outre entretenir des relations personnelles avec l'enfant et l'héberger selon une périodicité prévue par le juge après audition du mineur s'il a une maturité suffisante et après audition de chacun des père et mère.

Au Danemark, on sait que les époux qui divorcent doivent trouver un accord soit tendant à la continuation de l'exercice en commun de l'autorité parentale, soit attribuant la garde à l'un d'eux. C'est la mère qui est habituellement désignée, en l'absence de convention aux fins de partage.

En Allemagne, le juge du divorce peut attribuer la garde à l'un des parents - le plus souvent, à la mère - soit en vertu d'un accord conclu entre eux et avec l'approbation du mineur s'il a quatorze ans révolus (§ 1671, alinéa 1 du B.G.B.), soit par décision autoritaire prise au regard du meilleur intérêt de l'enfant. Le tribunal doit avertir le Service de protection de l'enfance pour que celui-ci puisse exercer sa mission de conseil auprès des époux en vue de faciliter un accord entre eux sur l'exercice de leur responsabilité parentale ou sur l'aménagement du droit de visite. En pratique, le tribunal homologue le plus souvent un accord sur le droit de visite. Il est rare qu'il en impose les modalités, mais il les précise alors de façon exhaustive dans une perspective de clarté propre à éviter des conflits perpétuels. Il est intéressant de relever que si le père n'exerce pas son droit de visite, l'enfant - le cas échéant représenté par un tuteur *ad litem* - peut tenter d'en obtenir la mise en oeuvre dans la mesure où la loi lui reconnaît le droit d'entretenir des relations avec chacun de ses parents (§ 1681 du B.G.B.); à cette fin, il peut requérir les conseils du Service de protection de l'enfance, voire une médiation. A défaut de résultats positifs, il pourrait réclamer une décision du tribunal de la famille, mais les juges ne sauraient contraindre le père défaillant à s'exécuter. Par conséquent, face à ce type de difficultés et au désintérêt obstiné du père, seule une espérance peut être offerte au mineur par l'entremise d'une médiation du Service de protection de l'enfance.

En Suisse, si lors du divorce le juge attribue la garde à l'un des parents (art. 133F du code civil), il fixe la contribution de l'autre à l'entretien de l'enfant et aménage son droit à des relations personnelles avec le mineur selon les termes d'une convention entre époux ou sinon, autoritairement après avoir recueilli l'avis de l'enfant autant que possible (art.133 du Code civil) et le cas échéant après audition de l'autorité tutélaire de

époux. Dans quasiment tous les Etats, le juge ne tranche autoritairement qu'en l'absence d'accord parental, accord qui peut être facilité grâce à une médiation. De ce côté-là, il reste à faire et d'aucuns se prennent à rêver encore au système suédois... On constate néanmoins un large consensus en Europe en faveur du recours à un médiateur en vue de dédramatiser les divorces tumultueux dans l'intérêt des enfants⁵⁸ et même des époux.

2.2. - En cas de rupture du concubinage

A la suite de la rupture d'un concubinage, les solutions peuvent manquer de netteté, tout simplement parce que la rupture d'une union libre n'est pas plus que sa formation réglementée par la loi. Le droit belge a su, certes, dépasser la difficulté parce qu'il a renoncé à distinguer à la fois entre parents mariés ou non et cohabitant ou non, orientation que l'on retrouve dans la loi française du 4 mars 2002 (art. 373-2 du Code civil)⁵⁹.

En Espagne et en Italie où l'exercice conjoint de l'autorité parentale est lié à la vie commune, l'anéantissement du concubinage y met fin. Ainsi en Espagne, comme en cas de divorce, le parent gardien exerce seul l'autorité parentale sauf si le juge, saisi par l'autre parent, décide d'un exercice en commun ou d'un partage entre les intéressés des diverses prérogatives.

Dans les autres Etats, les solutions sont nuancées : au Danemark, si les père et mère ont longtemps vécu ensemble sans pour autant exercer conjointement l'autorité parentale, le père pourrait lors de la séparation demander le transfert de cette autorité dans l'intérêt du mineur.

Aux Pays-Bas, la cessation du concubinage ne met pas fin à l'exercice en commun de l'autorité parentale tel qu'il résultait de la déclaration conjointe faite auprès du greffier du canton : l'accord entre père et mère continue à produire ses effets. Il est vrai qu'il n'était pas subordonné à leur vie commune. Cependant, des désaccords répétés consécutifs à la rupture conduiraient certainement un parent à demander au juge de canton la garde à titre exclusif dans l'intérêt du mineur. Il y a là un souci de réalisme que l'on retrouve en Allemagne, en Suisse et en Angleterre.

En Allemagne, la cessation du concubinage n'implique pas non plus en soi celle des effets de la déclaration conjointe tendant au partage de la responsabilité parentale. Mais la rupture pourrait générer des circonstances conduisant l'un des parents à en demander l'exercice exclusif et satisfaction pourrait lui être donnée par le tribunal de la famille dans l'intérêt de l'enfant.

surveillance. La réforme du divorce s'est préoccupée de préserver les droits du parent non gardien tout en protégeant la santé, la sécurité et le bien-être de l'enfant. A cette fin, le parent non gardien doit être tenu informé des événements particuliers affectant la vie du mineur, notamment ce qui a trait à sa santé et son développement, auprès des enseignants et des médecins (art.275a du Code civil) et il doit être entendu avant la prise des décisions importantes.

⁵⁸ Voir ainsi la Recommandation du Conseil de l'Europe n° 98-1 sur la médiation familiale ou la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (spécialement l'article 13).

⁵⁹ En France, l'article 373-2 du Code civil pourrait trouver application en cas de rupture entre des concubins qui partagent l'exercice de l'autorité parentale.

En Suisse, aucune disposition légale ne prévoit spécialement la situation. Elle relèverait *a priori* de l'article 298a, alinéa 2 du Code civil, selon lequel sur requête de l'un des père et mère ou de l'enfant, ou à l'initiative de l'autorité tutélaire de surveillance, celle-ci peut modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale lorsque des circonstances nouvelles l'exigent, dans l'intérêt de l'enfant. La rupture du concubinage pourrait constituer un fait nouveau de nature à justifier que, dans l'intérêt de l'enfant, l'exercice par un seul des père et mère soit substitué à l'exercice en commun de l'autorité parentale.

En Angleterre, un accord entre père et mère sur un partage de la responsabilité parentale ne serait pas non plus anéanti par la rupture du couple ; il n'était d'ailleurs pas conditionné par l'existence d'une vie commune. Mais des querelles incessantes conduiraient devant le juge.

En Autriche, l'exercice conjoint de l'autorité parentale pourrait perdurer par-delà la rupture du concubinage dans l'intérêt supérieur de l'enfant (§177 du Code civil autrichien), comme c'est encore le cas en Suède.

Bien que les législations européennes aient substantiellement étendu les possibilités d'exercice en commun de l'autorité parentale ces dernières années après séparation entre les père et mère, il reste des situations où cette solution s'avère tantôt irréalisable, tantôt intenable dans la durée. Même dans les Etats qui y voient une solution subsidiaire, l'exercice unilatéral par le père ou par la mère ne peut donc pas être complètement éradiqué, l'autre ayant un droit de visite.

Conclusion

A l'issue de ce rapide tour d'horizon, on peut faire deux séries d'observations :

- 1. en dépit d'inévitables divergences entre les législations européennes et d'un rythme d'évolution variable, des orientations voisines de plus en plus nombreuses apparaissent, les réformes réalisées ayant pour axe les principes fondamentaux déclinés par les normes internationales. L'intérêt et l'écoute du mineur, l'égalité entre le père et la mère, des accords parentaux favorisés ou facilités, des espoirs fondés corrélativement dans la médiation familiale, voilà autant de préoccupations exprimées au soutien des lois récentes, comme par exemple en France.

Par paliers successifs, un glissement se produit lentement mais de façon significative sur la voie d'une coparentalité de plus en plus authentique. Par certains de ces aspects, les réformes s'inscrivent d'ailleurs sans doute par avance (puisque n'est pas encore entré en vigueur) dans l'esprit du Protocole n°12 à la Convention européenne des Droits de l'Homme qui confère au principe de non-discrimination une portée autonome⁶⁰. Un des traits majeurs de l'évolution actuelle consiste bien à rechercher autant que possible un équilibre dans la participation de chacun des père et mère à l'exercice de l'autorité parentale, en y investissant davantage le père lorsque les parents ne sont pas mariés ensemble ou, dans la famille fondée sur le mariage, à l'issue d'un divorce. En effet, dans ces situations-là, la mère avait assez traditionnellement une part prépondérante, voire un monopole. Pacifier l'exercice de l'autorité parentale, dans l'intérêt de tous et de l'enfant à titre primordial, passe largement par un mécanisme de négociation, le cas échéant avec le soutien d'une médiation dans la mesure où un bon accord est bien sûr de nature à élever un rempart efficace aux querelles parentales. C'est ainsi que l'un après l'autre, les législateurs européens sont naturellement conduits à placer des espoirs dans la médiation familiale comme moyen de favoriser la coparentalité pour le meilleur intérêt de l'enfant.

Parmi les dispositions les plus récentes dans ce domaine, on peut signaler les innovations réalisées en France et en Belgique : en France, un arrêté du 8 octobre 2001 porte création du Comité national consultatif de la médiation familiale, ce qui constitue l'une des premières mesures concrètes destinées à la promouvoir (J.O. du 9 octobre 2001, p.15 858).

⁶⁰ La prohibition des discriminations fulminée par son article 1^{er} est générale. En conséquence, c'est toute la législation d'un Etat qui pourrait avoir à répondre de la nécessaire objectivité et du contrôle de proportionnalité d'une éventuelle inégalité de traitement, d'où d'ailleurs immanquablement un risque d'accroissement du nombre des requêtes portées devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, alors qu'elle est déjà sans doute proche de l'implosion malgré les restructurations réalisées. Le rapport explicatif précise toutefois que le Protocole n°12 « ne vise pas à imposer aux Parties une obligation positive générale de prendre des mesures pour éviter tout cas de discrimination dans les relations entre particuliers ou pour y remédier... ». Des obligations positives « ne peuvent pas être globalement exclues », mais pourraient être réservées à des hypothèses de « lacune manifeste » dans le droit d'un Etat. Outre l'obligation négative de s'abstenir de discriminations sans fondement objectif et raisonnable dans la législation nationale à l'égard des individus placés dans des situations semblables, les obligations positives susceptibles d'incomber à un Etat auraient donc au moins, pour ce qui touche aux relations entre les particuliers, une portée limitée aux aspects de ces relations où « l'Etat a une certaine responsabilité », pour reprendre les termes du rapport explicatif. Voir F.Edel, Le Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'Homme, L'Europe des libertés, revue d'actualité juridique publiée par l'Institut des Hautes Etudes Européennes de l'Université Robert Schuman de Strasbourg (10, rue Schiller 67000 Strasbourg), Dossier janvier 2001, p.11.

Puis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, d'application immédiate, prévoit que le juge aux affaires familiales saisi en cas de désaccord sur l'exercice de l'autorité parentale doit s'efforcer de concilier les parties et dans cet objectif, il peut leur proposer une mesure de médiation ou leur enjoindre de rencontrer un médiateur chargé de les recevoir et de les informer sur l'objet et la nature de cette mesure (art. 373-2-10 du Code civil). En Belgique, la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2001, est applicable notamment aux actions relatives aux devoirs et obligations entre époux, au divorce, à la cohabitation légale, à la cohabitation de fait et à l'autorité parentale. Elle prévoit qu'un médiateur peut être désigné par le juge à la demande conjointe des parties ou sur sa propre initiative si les deux parties y consentent.

Comme sur d'autres points en droit de la famille, l'ordre public recule devant l'expression de volontés privées convergentes. En matière d'autorité parentale, la place des accords n'a pas cessé de croître, sans pour autant constituer un processus universel. Il en résulte un recul du pouvoir autoritaire du juge. Cependant, cela ne veut pas dire qu'il y ait effacement de son contrôle, puisque dans de nombreuses législations les conventions parentales sont soumises à un contrôle d'opportunité afin de préserver l'intérêt du mineur.

Tout ceci montre qu'on se trouve présentement en plein cœur d'une évolution et la protection de la vie privée quasi-familiale constituée au sein d'une famille recomposée paraît bien de nature à favoriser en Europe une approche rénovée de l'ensemble de la question. C'est précisément sur ce point qu'une deuxième série d'observations s'impose.

-2. Un autre axe de l'évolution déjà engagée résulte effectivement de la prise en considération des recompositions familiales de plus en plus nombreuses en mariage, comme hors mariage dans un contexte de vie commune enregistrée ou non. De nouveaux horizons de réflexion se sont ainsi trouvés ouverts. Il ne s'agit pas d'accorder à un tiers l'autorité parentale, laquelle est réservée aux père et mère sous réserve toutefois des particularités de la loi anglaise et des perspectives de réforme aux Pays-Bas. Il s'agit tout simplement d'appréhender la réalité quotidienne de l'enfant auprès du parent qui l'élève tout en vivant avec un nouveau conjoint ou partenaire. Quelques législations contiennent ainsi des règles spécifiques en la matière et on peut raisonnablement penser qu'elles se multiplieront dans un proche avenir, tout en observant que la loi française du 4 mars 2002 n'a pas pris le parti d'instituer un statut du beau-parent mais qu'elle a élargi la possibilité d'intervention de tiers dans la vie de l'enfant et qu'il pourra s'agir bien sûr notamment d'un beau-parent (art. 377-1, C. civ.)⁶¹.

En Angleterre et au Pays de Galles, le *Children Act* prévoit ainsi la possibilité pour plusieurs personnes d'être investies de la responsabilité parentale⁶². Cela peut viser le père,

⁶¹ Article 377-1du Code civil. : « La délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales. Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les déléguants et le délégataire...».

⁶² Selon l'article 2 du *Children Act*, plusieurs personnes peuvent avoir simultanément la responsabilité parentale et pour son exercice, chacune d'elles peut agir seule. En effet, le système n'implique pas une prise en

la mère et une tierce personne comme le nouveau conjoint ou le nouveau partenaire de l'un d'eux, qui peut ainsi prendre des décisions courantes s'il obtient une ordonnance de résidence. Quant à la prise des décisions graves, elle impose le consentement de toutes les personnes auxquelles est attribuée la responsabilité parentale.

Au Danemark, il faut supposer que l'un des père et mère ait l'exercice exclusif de l'autorité parentale et ait reconstitué une nouvelle vie de couple en mariage ou en concubinage. Un transfert de l'autorité parentale peut être admis en faveur de ce couple, mais il exige le consentement de l'autre parent par le sang et son enregistrement par l'autorité compétente, laquelle y procède sauf intérêt contraire de l'enfant. Il n'est pas inutile de rappeler qu'au Danemark, comme dans les autres pays scandinaves mais contrairement à la récente législation néerlandaise, la possibilité d'un exercice de l'autorité parentale partagé entre un des parents et un tiers est strictement limitée par la loi à des couples composés d'un homme et d'une femme et elle est tout à fait exclue pour des partenaires enregistrés⁶³.

Aux Pays-Bas en effet, le partenariat enregistré et récemment le mariage sont permis sans exigence de différence de sexe. Depuis une loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998⁶⁴, dans le cas où l'un des parents exerce seul l'autorité parentale et où il a bâti un nouveau couple en mariage, en concubinage ou en partenariat enregistré, les deux membres de ce couple peuvent former auprès du tribunal d'instance une demande aux fins d'exercer ensemble « l'autorité commune »⁶⁵ dans les conditions suivantes⁶⁶ : il faut que le parent requérant ait depuis au moins trois ans l'exercice exclusif de l'autorité parentale et que son nouveau conjoint, concubin ou partenaire entretienne avec l'enfant des relations personnelles étroites, le couple s'étant occupé de lui et l'ayant élevé depuis au moins une année. Si l'enfant a douze ans révolus, il doit être entendu par le tribunal qui apprécie si l'admission de « l'autorité commune » ne compromettra pas son intérêt et notamment si les relations du mineur avec son autre parent par le sang n'en souffriront pas⁶⁷.

Hormis la loi anglaise, ces législations ne visent que des hypothèses où un seul des père et mère exerce l'autorité parentale et c'est la mère le plus souvent en pratique, même si la loi ne l'impose pas.

Les législations suisse et allemande sont plus timides. Le droit suisse a fait un premier pas vers la prise en considération des recompositions familiales: l'article 299 du Code civil

commun des décisions ni un pouvoir de veto pour celui qui désapprouverait un acte fait par un autre titulaire, mais l'une de ses fragilités résulte de l'absence de concertation (voir J. Flauss-Diem, préc.).

Une importante précision mérite d'être apportée : la responsabilité parentale attribuée aux père et mère prend fin à son échéance normale, tandis que celle du tiers est limitée à la durée fixée par le juge pour l'ordonnance de résidence.

⁶³ Le partenariat enregistré correspond à la vie commune entre deux personnes du même sexe dans les pays scandinaves. C'est une différence profonde avec la législation néerlandaise.

⁶⁴ Date de l'entrée en vigueur de la loi qui a admis le partenariat enregistré.

⁶⁵ Cette expression particulière est réservée à cette hypothèse, tandis que celle d'autorité parentale vise les père et mère envers lesquels la filiation de l'enfant est légalement établie.

⁶⁶ Voir les articles 253 T à 253 Y du Livre I^{er} du Code civil néerlandais.

⁶⁷ Il est envisagé d'attribuer l'exercice en commun de l'autorité parentale à des partenaires enregistrés dont l'un seulement est le parent par le sang, mais à la condition que la filiation de l'enfant ne soit pas légalement établie à l'égard de son deuxième auteur (voir le projet de nouvel article 253 SA du Livre I^{er} du Code civil néerlandais). Si elle était votée, cette nouvelle disposition pourrait s'appliquer à un couple composé de deux femmes ou de deux hommes.

prévoit que le nouveau conjoint⁶⁸ du père ou de la mère doit assister ce dernier dans l'exercice de l'autorité parentale et le représenter lorsque les circonstances l'imposent.

Quant à la loi allemande du 16 février 2001⁶⁹, elle permet au partenaire du parent ayant l'exercice exclusif de la responsabilité parentale de prendre, en accord avec celui-ci ou même seul en cas d'urgence, les mesures nécessaires à la protection du mineur.

Voilà dressé à grands traits un état des législations européennes aujourd'hui, étant rappelé que la matière est en évolution constante.

⁶⁸ N'est visé que le nouvel époux ou la nouvelle épouse, mais pas un concubin ou une compagne.

⁶⁹ *Lebenspartnerschaftsgesetz* (loi mettant fin à la discrimination à l'encontre des unions homosexuelles : « Contrats de vie commune », entrée en vigueur le 1^{er} août 2001).

Annexe 1

La législation relative à l'autorité parentale en Europe :
Fiches par pays

La législation allemande relative aux soins parentaux

Evolution récente de la législation

Le droit de l'enfance a fait l'objet d'une réforme de grande ampleur réalisée par trois lois adoptées en 1997 et 1998 (voir F. Furkel, Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne, RTD civ. 1998, p.804) : la loi portant réforme du droit de l'enfance (das Kinderschutzrechtsreformgesetz), la loi sur l'assistance légale (das Beistandschaftsgesetz) et la loi sur l'égalité des enfants en matière successorale (das Erbrechtsgleichstellungsgesetz). Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1998. Présentement, il n'y a aucun projet de modification de ces lois.

En harmonie avec les engagements contractés par l'Allemagne suite à la ratification de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant (en vigueur dans cet Etat depuis le 5 avril 1992), ces lois ont opéré un réel bouleversement de la législation, notamment du droit de la filiation et de l'autorité parentale (désignée sous l'expression « soins parentaux »).

Auparavant, l'autorité parentale était soumise à une loi du 18 juillet 1979, qui était devenue obsolète au point de nécessiter une révision complète de son esprit même. En outre, une réforme s'imposait encore pour une autre raison : en effet, la Cour constitutionnelle fédérale avait, par plusieurs décisions, affirmé l'inconstitutionnalité de certaines dispositions légales relatives au droit de l'enfance et plus particulièrement au droit de l'enfance illégitime. Par exemple, dans un arrêt du 7 mai 1991 (FamRZ 1991, p.913), la Cour avait déclaré contraire à la Loi fondamentale la disposition selon laquelle, lors de la légitimation d'un enfant par autorité judiciaire, la mère se trouvait de plein droit privée de l'autorité parentale, même lorsqu'elle vivait en concubinage avec le père.

L'axe majeur des réformes récentes est l'égalité des filiations et l'égalité du statut des enfants quelque soit leur filiation; d'où une radicale transformation des règles relatives à l'autorité parentale. Dans cette perspective, le § 1626 du BGB (Bürgerliches Gesetzbuch : le Code civil allemand) décline les règles générales applicables en la matière. Selon l'alinéa 1^{er}, les père et mère ont le devoir et le droit d'exercer l'autorité parentale sur leur enfant mineur; le droit de garde leur appartient conjointement quant à la personne de l'enfant et ils administrent ses biens.

L'alinéa 2 dispose que pour l'éducation et l'entretien du mineur, les parents prennent en considération le développement de ses capacités et de ses besoins, ce qui est nécessaire à un comportement indépendant et responsable. Selon le degré de maturité de l'enfant, ils discutent avec lui des modalités de la mise en oeuvre de leur droit de garde en s'efforçant de trouver un accord avec lui.

Enfin, selon l'alinéa 3, le bien-être de l'enfant (notion qui en droit allemand correspondrait à l'intérêt de l'enfant dans le droit français) implique qu'il entretienne des relations avec chacun de ses père et mère et qu'il puisse conserver les liens qu'il a acquis avec des tiers si tel est son intérêt pour son développement. C'est d'ailleurs dans cette perspective que le §1685 nouveau du BGB reconnaît un droit de visite à des personnes proches de l'enfant (grands-parents, frères et sœurs, parents nourriciers...).

Analyse de la législation

De façon générale, le nouveau droit de l'autorité parentale tend à accroître les situations de garde conjointe et en cas d'attribution du droit de garde à un seul des parents, à valoriser l'accord parental, conforté par l'accord du mineur s'il est en âge d'exprimer son sentiment de façon pertinente. En cas de rupture entre les parents, la loi valorise là encore les accords entre père et mère et tend à permettre au couple parental de subsister malgré la rupture du mariage ou du concubinage pour le bien-être de l'enfant.

Concrètement, la mise en oeuvre du droit de garde varie toutefois selon la nature de la filiation et le droit allemand continue à distinguer sur ce point entre enfant nés dans le mariage et enfants nés hors mariage.

1- Enfants nés dans le mariage

-Pendant la durée du mariage, les époux exercent en commun l'autorité parentale sur leurs enfants mineurs, dont ils ont conjointement la garde (§1626, al.1 du BGB).

-En cas de divorce ou de séparation, la loi nouvelle innove très sensiblement (au sens du §1671, al.1 du BGB, la séparation vise l'hypothèse où les parents, qui jusqu'alors exerçaient ensemble le droit de garde, vivent séparés de manière prolongée).

Dans le droit antérieur (loi du 18 juillet 1979), l'autorité parentale (incluant la garde) ne pouvait en règle générale être attribuée qu'à l'un des parents (§1671, al.4 ancien du BGB) et elle l'était à la mère dans quelque 90 % des cas. Sous réserve du bien-être de l'enfant, l'attribution conjointe de l'autorité parentale après divorce était en principe interdite par la loi, mais cette solution avait été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle fédérale dans une décision du 3 novembre 1982 (BVerfG, 3 nov. 1982, BVerfGE 61, 358). Pourtant, au mépris de cette décision, les juridictions continuaient à n'accorder conjointement l'autorité parentale aux ex-époux que dans un nombre limité d'affaires (voir F. Furkel, De la dernière discrimination des sexes en Allemagne: la responsabilité parentale dans la filiation naturelle et en cas de désunion du couple marié, RIDcomp. 1992, p.609).

La réforme érige en principe général l'attribution conjointe de l'autorité parentale après divorce ou en cas de séparation prolongée des époux. Elle a suscité de vives critiques tant les pratiques antérieures demeuraient fortement ancrées dans les mentalités, notamment parmi les juges et les avocats. C'est donc lentement qu'elle s'est imposée dans le monde judiciaire.

La règle supporte toutefois des nuances et des limites :

Tout d'abord, afin d'éviter une paralysie du système résultant d'un conflit perpétuel entre les parents divorcés à propos de la vie quotidienne de l'enfant, la loi a aménagé un partage des compétences : l'accord des deux parents est nécessaire pour toute décision présentant une sérieuse importance concernant le mineur (par exemple le choix de sa religion ou de son orientation scolaire). En revanche, le parent chez lequel l'enfant réside habituellement prend seul les décisions relatives à la vie courante, c'est-à-dire aux actes usuels et sans aucune conséquence grave sur le développement de l'enfant (§1687, al.1 du BGB) ; durant les séjours plus brefs ou occasionnels chez l'autre parent, c'est ce dernier qui prend les décisions de la vie courante.

Quant aux décisions présentant une importance sérieuse, à défaut de l'accord nécessaire entre les père et mère, le plus diligent peut saisir le tribunal de la famille qui tranchera le différend en accordant à l'un ou à l'autre le pouvoir de décision (§1628 du BGB) ; par hypothèse, si les désaccords devaient multiples et répétés, l'un des protagonistes pourrait demander au tribunal l'attribution exclusive de l'autorité parentale, ce qui constitue la deuxième limite au principe général.

En effet, à la demande de l'un des père et mère, le tribunal de la famille peut attribuer à l'un d'eux seulement l'autorité parentale en totalité ou en partie (§1671, al.1 du BGB). Le tribunal doit faire droit à cette demande si l'autre parent y consent et, quand il est âgé de plus de quatorze ans, si l'enfant ne s'y oppose pas ou encore lorsque le tribunal estime que cette solution correspond au meilleur intérêt du mineur (§1671, al.2 du BGB). Le parent non investi de l'autorité parentale a alors le devoir et le droit de continuer à entretenir des relations personnelles avec son enfant ; à ce titre, il a un droit de visite.

2- Enfants nés hors mariage

La réforme a considérablement innové en admettant pour la première fois la possibilité d'une attribution conjointe de l'autorité parentale lorsque les père et mère ne sont pas mariés ensemble. Cette solution a été bien accueillie.

Dans le droit antérieur, la mère seule (ancien §1705 du BGB) ou assistée dans certains cas d'un curateur chargé de représenter ou d'assister l'enfant (ancien §1709 du BGB) avait le monopole de l'autorité parentale. Le père était privé de toute prérogative d'autorité parentale sauf s'il adoptait son enfant ou s'il le légitimait (anciens §1741, al.3 et §1723 du BGB), ce qui nécessitait le consentement de la mère.

Depuis la réforme, qu'ils cohabitent ou qu'ils vivent séparément, les parents d'un enfant naturel en ont conjointement la garde de plein droit dans deux cas :

- s'ils en font ensemble la déclaration devant un notaire ou devant l'Office de la jeunesse (§1626a, al.1 du BGB), avant ou après la naissance. Leur déclaration est simplement enregistrée, aucun contrôle d'opportunité n'étant fait par l'autorité qui reçoit la déclaration (c'est un système comparable à celui de l'article 334-2 du Code civil en France pour le changement du nom d'un enfant naturel par déclaration conjointe des parents) ;

- l'autorité parentale est encore attribuée en commun au père et mère quand ils se marient, solution qui ne serait pas remise en cause si le mariage venait à être annulé (§1626a, al.1 du BGB).

Dans l'hypothèse de désaccords renouvelés entre les père et mère sur les décisions à prendre relativement à la personne de l'enfant, le plus diligent a la faculté, dans l'intérêt du mineur, de saisir le tribunal de la famille qui pourrait décider d'accorder l'autorité parentale exclusivement à l'un d'eux, comme c'est le cas en de telles circonstances pour des époux divorcés ou séparés.

En dehors de ces deux situations où les parents partagent l'autorité parentale, la mère en est seule titulaire et elle l'exerce seule (§1626a, al.2 du BGB), même quand elle vit en concubinage avec le père ; en cas de rupture du concubinage, le père ne pourrait acquérir l'autorité parentale qu'avec le consentement de la mère, qu'il n'obtiendrait alors que très rarement (§1672, al.1 du BGB). Si la mère décède, le père peut obtenir l'autorité parentale si ce n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant (§1680, al.2 du BGB). Sur ce point en effet, la réforme a abrogé la règle selon laquelle la tutelle était ouverte sur l'enfant naturel et confiée à un tiers au décès de la mère malgré l'existence du père, règle qui s'appliquait même lorsque les parents avaient vécu en concubinage et toujours élevé l'enfant ensemble (le père ne pouvait se voir accorder l'autorité parentale au décès de la mère que si elle l'avait désigné comme tuteur par testament).

En cas d'attribution de l'autorité parentale à un seul des parents, l'autre a le droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant et a un droit de visite à ce titre.

3- Droit de visite d'un parent en cas d'exercice exclusif de l'autorité parentale par l'autre

Lorsque l'autorité parentale appartient à l'un des parents seulement (le plus souvent la mère) après un divorce ou une séparation ou, en dehors des deux cas de partage de cette autorité, sur un enfant né hors mariage, ou encore sur décision du tribunal mettant fin à une attribution conjointe en raison de différends répétés, la réforme a là encore innové assez nettement.

Dans le droit antérieur, lors d'un divorce, l'autorité parentale était attribuée à l'un des parents, en pratique à la mère dans la quasi-totalité des affaires. Le père divorcé, qui n'avait donc que très rarement l'autorité parentale, avait un droit de visite et le droit d'être informé sur la vie de l'enfant (ancien §1634 du BGB). S'agissant d'un enfant né hors mariage, le père n'avait ni droit de visite, ni droit d'information; il ne pouvait avoir de contacts personnels avec son enfant que si la mère le voulait bien (ancien §1711 du BGB).

La réforme a abrogé ces dispositions. Elle a accordé au père naturel un droit de visite, comme le mari en avait déjà un par le passé après le divorce ou la séparation. Le père naturel, comme le mari divorcé ou séparé, a le devoir et le droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant et selon des modalités qui ne sont plus décidées par la mère, mais par le tribunal de la famille. Corrélativement, il est posé en principe que

l'enfant a le droit d'entretenir des relations avec chacun de ses parents (§1681, al.1 du BGB).

Pour statuer sur l'organisation du droit de visite, le tribunal de la famille doit entendre les père et mère, le service de protection de l'enfance (et dans une procédure de divorce, le tribunal doit avertir ce service pour que celui-ci puisse exercer sa mission de conseil auprès des époux en vue de favoriser un accord entre eux sur l'exercice des responsabilités parentales et sur le droit de visite précisément), et le cas échéant les parents nourriciers. L'enfant n'a pas le droit de s'opposer au droit de visite. Toutefois, il est aussi entendu par le tribunal s'il est âgé de plus de quatorze ans sauf si des motifs sérieux s'y opposent, et même en-dessous de cet âge si le tribunal le juge utile et s'il estime que le mineur a un discernement suffisant. Le tribunal peut ainsi prendre en considération l'opinion de l'enfant lorsqu'il apprécie son intérêt.

L'objectif de la loi est de privilégier l'accord parental, de sorte que le tribunal homologue le plus souvent les modalités prévues par les père et mère. Il n'aménage autoritairement le droit de visite qu'en cas de désaccord persistant ou si l'accord parental méconnaît l'intérêt de l'enfant. En général, les modalités du droit de visite ne sont pas limitées dans le temps, ce qui ne serait d'ailleurs pas nécessaire a priori puisque le tribunal peut toujours les modifier par une décision ultérieure en raison de circonstances nouvelles.

Leur contenu matériel est en revanche précisé de façon exhaustive, dans un souci de clarté et de certitude. Habituellement, le droit de visite est exercé au domicile du parent qui en est titulaire, sauf aménagement particulier lié aux circonstances. Si ce domicile est éloigné de celui du parent gardien, les périodes d'exercice de ce droit sont regroupées dans le temps afin que le droit de l'enfant à avoir des contacts avec ce parent-là aussi soit effectif.

Par ailleurs, chacun des parents a le droit de demander à l'autre toute information personnelle sur l'enfant dès lors que ce n'est pas contraire à l'intérêt du mineur (§1686, al.1 du BGB) ; à défaut d'obtenir satisfaction, le parent peut saisir le tribunal de la famille qui tranchera. La décision du tribunal sur le droit de visite peut être frappée d'appel par le parent gardien ou par l'enfant âgé de plus de quatorze ans.

On peut encore préciser que si le parent titulaire du droit de visite ne l'exerce pas, l'enfant peut tenter d'en obtenir l'exercice par l'un des procédés suivants : il peut demander conseil au service de protection de l'enfance ou même une médiation dans la mesure où la loi lui reconnaît le droit d'entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents. Il pourrait réclamer une décision du tribunal de la famille, mais le parent récalcitrant ne pourrait guère être contraint à s'exécuter. Sur ce type de difficultés, la médiation du service de protection de l'enfance est certainement la mesure la plus appropriée.

A titre d'information complémentaire, on signalera brièvement que la loi nouvelle a reconnu un droit de visite aux grands-parents et aux frères et sœurs de l'enfant, à l'ex-conjoint de l'un des père et mère s'il a vécu pendant une période assez longue avec l'enfant, aux parents nourriciers ou encore à toute personne ayant élevé l'enfant durablement, à la condition que ce soit dans l'intérêt supérieur et pour le bien-être du mineur (§1685, al.1 et 2 du BGB).

La législation belge relative à l'autorité parentale

Les deux étapes de l'évolution récente de la législation: la loi du 31 mars 1987 et la loi du 13 avril 1995

Une transformation profonde du droit belge a été amorcée avec une loi du 31 mars 1987 et poursuivie avec une loi du 13 avril 1995.

La loi de 1987 a instauré l'égalité de traitement entre les enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors mariage. C'est sur cette base que les règles concernant l'autorité parentale dans le code civil ont été modifiées. Elles ont été axées autour du critère de la cohabitation ou de la vie séparée des parents, sans distinguer selon qu'ils sont mariés ou non. En effet, à partir du moment où la filiation de l'enfant est établie envers chacun de ses père et mère et où ils sont tous deux vivants, ils sont cotitulaires de l'autorité parentale (art. 372 du code civil) mais ils ne l'exercent conjointement que s'ils cohabitent. S'ils ne vivent pas ensemble ou s'ils ont cessé de cohabiter, l'un d'eux seulement est investi de l'exercice de l'autorité parentale et l'autre parent, qui est cotitulaire de l'autorité parentale mais n'a pas la garde, a le droit d'entretenir des relations avec le mineur et a un droit de visite et d'hébergement.

La loi du 13 avril 1995, entrée en vigueur le 3 juin suivant, est venue faire de l'exercice en commun de l'autorité parentale la règle générale, que les père et mère soient mariés ou non et qu'ils cohabitent ou non, du moment que la filiation de l'enfant est établie à leur égard. Elle a donc renoncé à la distinction antérieure liée à la cohabitation. En principe, les père et mère partagent l'exercice de l'autorité parentale sur la personne du mineur (art. 373 et 374 du code civil) et ils administrent ensemble les biens de l'enfant (art. 376). Ce principe reste applicable en cas de séparation des parents tant qu'un autre régime n'a pas été convenu par les parents eux-mêmes ou par le juge compétent. Il demeure ainsi applicable pendant une instance en divorce, voire même après le prononcé du divorce si les époux n'ont pas pris l'initiative de prévoir d'autres modalités par accord entériné par le juge dans un divorce par consentement mutuel ou dans un divorce pour cause objective ; à défaut d'accord dans un divorce pour cause objective, le juge tranche le conflit (art. 302 du code civil; art. 1258, 1280 et 1288 du code judiciaire).

En fait, lorsque les parents vivent et élèvent ensemble l'enfant, sauf crise du couple, les décisions relatives à l'enfant résultent de pratiques habituelles consensuelles.

Quand les parents n'ont pas de vie commune, l'exercice conjoint de l'autorité parentale implique que chacun d'eux participe à la garde du mineur et y prenne part, selon un aménagement consensuel ou fixé par le juge : par exemple, ils peuvent convenir que l'enfant résidera la moitié du temps auprès de sa mère et l'autre moitié chez son père (ce qui correspond à une résidence alternée), ou préférer un système comportant résidence principale chez l'un (jours de semaine et moitié des vacances) et résidence secondaire chez l'autre (week-end et moitié des congés). Ils doivent s'accorder sur les décisions essentielles, un parent devant théoriquement s'abstenir d'agir en cas de désaccord jusqu'à ce qu'il soit tranché à l'amiable ou par le juge, cela sous réserve des présomptions de pouvoir instaurées par la loi à l'égard des tiers de bonne foi (art. 373, al.2 et 374, al.1).

La loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2001. Elle permet au juge de désigner un médiateur, soit sur la demande conjointe des parties, soit de sa propre initiative mais avec le consentement de chacune des parties. Elle est applicable aux demandes concernant les droits et obligations entre époux, le divorce, la cohabitation légale, la cohabitation de fait et l'autorité parentale. Dans ce dernier domaine, elle est de nature à favoriser les accords parentaux concernant les enfants.

Aucun nouveau projet de réforme n'est présentement envisagé.

Aujourd'hui encore, le droit belge utilise, comme en France, l'expression « autorité parentale » et non celle de « responsabilités parentales » figurant dans certains textes internationaux.

Analyse de la législation belge

La règle générale est celle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur la personne du mineur et de l'administration des biens du mineur en commun par les parents, qu'ils soient mariés ou non et qu'ils partagent ou non une vie commune. L'exception, qui n'est mentionnée par la loi que dans l'hypothèse où les père et mère vivent séparés (art.374), est l'exercice exclusif par l'un d'eux, l'autre ayant le droit de surveiller l'éducation du mineur et de conserver des relations personnelles avec lui.

La loi de 1987 a subordonné l'exercice en commun de l'autorité parentale à la communauté de vie entre les père et mère : à cette condition, ils exercent de plein droit l'autorité parentale conjointement (art. 373, al.1), que l'enfant soit né dans le mariage ou hors mariage.

La loi de 1995 a conservé cette solution et en a fait la règle générale en supprimant la condition de vie commune entre les père et mère : désormais, les époux, aussi bien que les père et mère non mariés vivant ou non en concubinage, ou encore les cohabitants légaux (couple non marié ayant procédé à une déclaration de vie commune conformément à l'article 1476 du code civil), qu'ils cohabitent présentement ou aient cessé de vivre ensemble ou qu'ils n'aient jamais partagé de vie commune, tous exercent en principe conjointement l'autorité parentale si la filiation de l'enfant est établie envers chacun d'eux. Chacun l'exerce donc autant que l'autre et au même titre. A l'égard des tiers de bonne foi, lorsque les père et mère vivent ensemble, chacun est présumé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un acte relatif à la personne de l'enfant (art. 373, alinéa 2) ou à l'administration de ses biens (art. 376, al.2) sous réserve des exceptions prévues par la loi. Ces présomptions de pouvoir sont également applicables à défaut de vie en commun (art. 374, al.1). Il y a donc égalité parentale et effectivité concrète de celle-ci vis-à-vis des tiers. On relèvera que l'article 373 alinéa 2 du code civil belge vise tout acte concernant la personne du mineur, tandis que l'article 372-2 du code civil français limite la présomption de pouvoir aux « actes usuels ».

Par ailleurs, la loi fait preuve de réalisme pour ce qui tient aux modalités pratiques d'exercice de l'autorité parentale, puisqu'elle envisage l'hypothèse de dissensions parentales sur telle ou telle décision à prendre ou sur tel ou tel acte à réaliser, c'est-à-dire l'hypothèse d'un désaccord ponctuel ou passager. En outre, elle prévoit des remèdes à un conflit parental plus profond ou durable.

Si des dissensions surgissent dans l'exercice de leur autorité entre les père et mère qui vivent ensemble, la loi de 1995 a expressément prévu la possibilité d'un recours judiciaire à l'initiative du plus diligent, afin de débloquer la situation dans l'intérêt du mineur (art. 373, al.3 et 4). Ce recours ne tend pas à mettre fin à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, il faut le souligner. Il a seulement pour objet de faire trancher par le tribunal de la jeunesse le désaccord parental portant sur la ou les décisions qui devaient être prises (par exemple, permettre à un parent d'inscrire l'enfant dans tel établissement scolaire malgré le refus de l'autre sur le choix effectué).

Un différend ponctuel, surtout lorsqu'il faut recourir au juge pour le surmonter, marque souvent les prémisses d'un véritable conflit, accompagné le cas échéant d'une cessation de la vie commune.

Quand les parents ne vivent pas ou ne vivent plus ensemble, l'exercice de l'autorité parentale est aussi en principe conjoint. Mais l'article 374 (al.2 à 5) prévoit que s'ils ne s'accordent pas sur l'organisation de l'hébergement du mineur, sur les décisions importantes relatives à sa santé, à son éducation, à sa formation, à ses loisirs ou sur l'orientation philosophique ou religieuse, ou si l'accord parental lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale au père ou à la mère. Il peut aussi déterminer les décisions qui, à propos de l'éducation de l'enfant, devront nécessairement être prises avec le consentement des deux parents. En cas d'exercice exclusif de l'autorité par l'un d'eux, l'autre a le droit de maintenir des relations personnelles avec son enfant, de surveiller son éducation, ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement.

On signalera que la loi du 29 octobre 1998 instaurant la cohabitation légale (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000) a prévu elle aussi, dans un article 1479 du code civil, que si l'entente est sérieusement perturbée entre les cohabitants, le juge de paix peut être saisi par l'un d'eux et ordonner les mesures urgentes et provisoires relatives notamment à l'occupation de la résidence commune ainsi qu'à la personne et aux biens des cohabitants et de leurs enfants communs. Si la cohabitation légale a pris fin et si la demande en a été formée dans les trois mois suivants, le juge de paix peut dans ce cas aussi ordonner de telles mesures.

En cas d'exercice exclusif de l'autorité parentale par le père ou la mère (lorsque ceux-ci n'ont pas ou n'ont plus de vie commune) parce qu'ils n'ont pas réussi à s'accorder sur les modalités d'un exercice partagé, un parent est donc investi de la garde. Hormis dans l'hypothèse particulière où il aurait été frappé de déchéance totale de ses responsabilités parentales, le parent non gardien a un droit de visite. Ce parent a le droit d'entretenir avec le mineur des relations personnelles; il ne pourrait en être privé que pour « des motifs très graves » et donc particulièrement sérieux (art. 374, al.4). Il conserve le droit de surveiller l'éducation de l'enfant et peut à ce titre obtenir de l'autre parent ou de tiers toutes informations utiles, voire s'adresser au tribunal de la jeunesse le cas échéant (art. 374).

Pour statuer sur les modalités du droit de visite, le juge entend les père et mère, ainsi que le mineur s'il est doué de discernement. Le juge peut ordonner diverses mesures d'instruction comme une enquête sociale réalisée par les services sociaux ou une expertise pratiquée par un pédopsychiatre. Bien sûr, le juge prend en considération les accords parentaux sauf s'ils sont manifestement contraires à l'intérêt de l'enfant ; ces accords, pour avoir une efficacité juridique, doivent être homologués par le juge. En vue de les favoriser et d'apaiser le conflit, les juges recourent de plus en plus souvent à la médiation familiale sans toutefois pouvoir l'imposer.

En général, le droit de visite est mis en oeuvre au domicile du parent qui l'exerce, sauf si les circonstances justifient des modalités particulières (exercice en présence d'un tiers, ou au contraire en l'absence de certaines personnes, ou dans les locaux d'une institution spécialisée...).

Si le parent non gardien n'exerce pas son droit de visite, l'enfant ne saurait l'y contraindre, pas plus d'ailleurs qu'il ne pourrait s'opposer à la mise en oeuvre de ce droit. Quelques décisions ont néanmoins accordé au mineur une réparation pécuniaire pour le préjudice subi du fait de la carence du parent non gardien. En outre, dans les cas extrêmes, le parent gardien pourrait obtenir en justice la suppression du droit de visite.

La décision du tribunal de la jeunesse sur les modalités du droit de visite n'est pas en principe limitée dans le temps, puisqu'elle pourrait être modifiée dans l'intérêt de l'enfant à la demande de l'un ou l'autre des parents ou du procureur du Roi, ce qui peut aller jusqu'à la suppression de ce droit dans les situations très graves (art. 387 bis).

A noter pour finir que l'enfant lui-même n'est pas titulaire d'un droit de visite à l'égard de ses père et mère.

On a raisonné jusqu'à présent sur l'hypothèse où l'enfant a une filiation légalement établie envers ses deux parents et où tous deux sont en vie et aptes à exercer leur autorité. Mais si la filiation n'est établie qu'à l'égard de l'un d'eux ou si l'un d'eux est décédé, absent ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'autre exerce seul l'autorité parentale.

S'il ne reste ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale, la tutelle est ouverte (art. 375).

On indiquera à titre d'information complémentaire que les grands-parents, ainsi que toute autre personne justifiant de liens particuliers d'affection avec le mineur a le droit d'entretenir avec lui des relations personnelles. A défaut d'accord avec les père et mère, le tribunal de la jeunesse pourrait être saisi à l'initiative de l'une des parties ou du procureur du Roi pour fixer les conditions de mise en oeuvre de ce droit (art. 375 bis). Les grands-parents pourraient sur ce fondement réclamer et obtenir un droit de visite si les père et mère de l'enfant venaient à les empêcher d'avoir des contacts avec lui.

La législation danoise relative à l'autorité parentale

Evolution de la législation

Une loi de 1985 a modifié le droit de l'autorité parentale. Elle distingue entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage. Elle a eu pour objectif notamment de renforcer les droits et la place du père sans toutefois instaurer une égalité entière entre le père et la mère s'ils ne sont pas mariés ensemble. Elle accorde une large place aux accords parentaux en prévoyant que les époux divorcés ou séparés comme les parents non mariés exercent conjointement l'autorité parentale lorsqu'ils concluent un accord en ce sens.

Une loi du 15 juin 1995 est venue réglementer les droits de garde et de visite.

Analyse de la législation

1- Enfants nés dans le mariage

Très classiquement, pendant la durée du mariage, les époux partagent l'autorité parentale.

En cas de divorce ou de séparation, ils peuvent passer un accord en vue de continuer à exercer en commun l'autorité parentale. Cet accord doit être enregistré par l'autorité administrative locale. L'exercice conjoint suppose que les père et mère soient d'accord sur toutes les questions importantes concernant l'enfant, y compris sur son lieu de résidence lorsqu'ils sont divorcés ou séparés.

A défaut d'un tel accord, le maintien de l'exercice en commun ne peut pas leur être imposé. Ils doivent alors tout de même convenir lequel d'entre eux aura la garde du mineur et cet accord doit être enregistré par l'autorité compétente ; en pratique, à moins qu'il méconnaisse l'intérêt du mineur, l'accord est toujours enregistré et il attribue souvent la garde à la mère. Le père a alors le droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant.

Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, il faut que les parents parviennent à un accord.

2- Enfants nés hors mariage

Le principe est que l'autorité parentale est attribuée à la mère seule, sauf si un accord est conclu entre elle et le père sur l'exercice en commun et si cet accord est enregistré par l'autorité administrative locale. Peu importe en revanche que les père et mère vivent ensemble ou non. Si la mère a l'exercice exclusif de l'autorité parentale, le père a le droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant.

3- Les droits du père en cas d'attribution de la garde à la mère

Que l'enfant soit né dans le mariage ou hors mariage, lorsque la mère seule a la garde du mineur, la loi garantit au père un certain nombre de droits :

- il a le droit d'entretenir des relations personnelle avec son enfant et d'exercer un droit de visite. Ce droit est aménagé selon des modalités convenues par les deux parents. A défaut d'accord entre eux, ces modalités sont fixées par décision de l'autorité administrative locale en fonction des circonstances particulières, de l'âge et de l'intérêt de l'enfant (loi du 15 juin 1995 sur les droits de garde et de visite) ; une décision modificative peut être prise à tout moment si des circonstances nouvelles le justifient, à la demande de l'un des parents. Les accords parentaux sont néanmoins nettement favorisés et des consultations de médiation familiale peuvent à cette fin avoir lieu, sans toutefois être imposées.

- le père a aussi le droit d'être informé sur la situation de l'enfant par les institutions éducatives, scolaires, sociales et sanitaires, s'il en fait la demande. Ces institutions peuvent refuser de lui communiquer les informations souhaitées quand elles estiment que ce serait préjudiciable au mineur. En outre, même si des renseignements peuvent concerner indirectement l'enfant, ils ne peuvent être transmis au père lorsqu'ils portent directement et principalement sur la situation de la mère.

Dans des cas particuliers et à la demande de la mère, quand elle a seule la garde, l'administration pourrait retirer au père son droit d'information (par exemple, lorsqu'il a exercé son droit abusivement).

- Si la mère a eu seule la garde pendant la durée de la vie du couple en concubinage, le père peut réclamer à l'autorité compétente au moment de la rupture que la garde lui soit transférée ; il obtient satisfaction si tel est l'intérêt du mineur.

A noter pour information qu'il existe des dispositions particulières en cas de recomposition familiale : si la garde est confiée à un seul des parents, ils peuvent conclure un accord qui, à moins de méconnaître l'intérêt de l'enfant, est enregistré par l'autorité administrative locale ; ils peuvent ainsi convenir que le parent gardien partagera la garde avec son nouveau conjoint ou concubin. En revanche, contrairement à la législation néerlandaise, la loi danoise exclut expressément cette possibilité en cas de partenariat enregistré entre un parent et un tiers (à la différence de ce qui se passe aux Pays-Bas, le partenariat enregistré est destiné au Danemark aux seuls compagnons de même sexe).

La législation espagnole relative à l'autorité parentale

Evolution de la législation

Le principe de l'égalité de traitement entre les enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors mariage est proclamé par l'article 39-2 de la constitution.

La loi 11/1981 du 13 mai 1981 a opéré une profonde réforme du droit de la famille et notamment de l'autorité parentale.

Par hypothèse, elle ne distingue pas entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage, ni corrélativement entre père et mère mariés ou non. En revanche, elle distingue selon que les parents vivent ensemble ou séparément.

Analyse de la législation

1- Enfants dont les parents vivent ensemble

Comme en Italie, sans tenir compte de l'existence ou non d'un mariage entre les père et mère, la loi leur accorde de plein droit l'autorité parentale en commun du seul fait de la cohabitation. Le père et la mère cohabitent et élèvent ensemble leur enfant; la loi leur attribue conjointement l'autorité parentale.

S'agissant de concubins, il faut que le père ait reconnu l'enfant.

2- Enfants dont les parents n'ont jamais vécu ensemble ou sont séparés

En principe, l'autorité parentale est dévolue à un seul des parents: celui auprès duquel l'enfant réside habituellement.

Cependant, à la demande de l'autre parent, le juge peut lui attribuer aussi l'autorité parentale qui devient conjointe, ou partager entre les père et mère les prérogatives parentales.

Lorsque l'autorité parentale est dévolue à un seul des parents, l'autre a un droit de visite.

Pour en organiser les modalités, le tribunal doit entendre le mineur s'il est âgé de douze ans révolus. Toutefois, l'enfant ne peut imposer son sentiment, ni s'opposer au droit de visite. En revanche, le procureur ou les services de protection de l'enfance peuvent exprimer leur opposition au droit de visite réclamé par un parent en démontrant qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant ; le tribunal apprécie les circonstances et n'est pas tenu de faire droit à une telle opposition. Un accord parental sur l'aménagement du droit de visite rencontrera le plus souvent la faveur du tribunal qui l'homologuera sauf s'il s'avère contraire à l'intérêt de l'enfant. Le service de protection de l'enfance peut intervenir pour faciliter un accord ou pour aider à résoudre un différend, même si la médiation en tant que telle n'est pas institutionnalisée.

Le tribunal statue dans la considération primordiale de l'intérêt de l'enfant et, sauf circonstances particulières, le droit de visite est exercé au domicile du parent auquel il est attribué. La décision du tribunal peut être modifiée en raison de faits nouveaux.

A noter pour information qu'un droit de visite pourrait être accordé à des proches parents (grands-parents, par exemple) ou à des tiers ayant avec l'enfant des liens particuliers d'affection.

La législation française relative à l'autorité parentale

Evolution de la législation

La loi du 4 juin 1970 a aboli la puissance paternelle et lui a substitué l'autorité parentale. Par l'effet de l'établissement légal de la filiation, l'autorité parentale est attribuée au père et à la mère ; elle est attribuée à l'un d'eux seulement si la filiation n'est établie qu'envers un des parents.

Ensuite, à partir de 1987, plusieurs réformes ont été réalisées : la loi Malhuret n° 87-570 du 22 juillet 1987 ; la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 ; la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002. Elles convergent vers davantage d'égalité et vers la suppression des discriminations entre parents mariés ou non mariés et entre enfants dits légitimes (il s'agit des enfants conçus ou nés dans le mariage et couverts par la présomption de paternité légitime) et enfants naturels (il s'agit des enfants nés hors mariage).

Pour bien mesurer les apports de la dernière réforme, il convient de rappeler brièvement les grands principes de la législation antérieure, dont certains ont été conservés ; d'autres étaient applicables à la famille fondée sur le mariage et ont été étendus aux parents non mariés ensemble. La loi nouvelle innove aussi sur certains points.

Analyse de la législation applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002

Le Code civil distingue entre enfants légitimes et enfants naturels.

1- Enfants légitimes

Observation préliminaire: la filiation légitime est indivisible: elle est établie à l'égard des deux époux, la paternité du mari de la mère légale étant présumée par la loi.

a) Pendant la durée du mariage

En principe, les époux exercent en commun de plein droit l'autorité parentale (ancien art. 372, al.1 du Code civil).

b) En cas de divorce ou de séparation de corps

- En principe (ancien art. 373-2, Code civil), l'exercice de l'autorité parentale est réglé dans les conditions prévues par l'ancien article 287 du Code civil. Selon l'ancien article 287, en cas de divorce, l'autorité parentale demeure exercée conjointement par les père et mère et la même règle est applicable en cas de séparation de corps (art. 304, Code civil). L'ancien article 287 ne mentionne pas la possibilité d'une résidence alternée pour l'enfant. Il dispose

que la résidence habituelle du mineur est fixée d'un commun accord par les père et mère et qu'à défaut d'un tel accord ou si l'accord parental lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge fixe la résidence habituelle de l'enfant.

- Par exception à cette règle, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un seulement des père et mère si l'intérêt de l'enfant le commande (ancien art. 287, al.2, Code civil) ; sa décision doit être spécialement motivée. L'autre parent a en principe un droit de visite et d'hébergement, dont il ne peut être privé que pour des motifs graves ; si le juge refuse d'accorder un tel droit à l'autre parent, sa décision doit être spécialement motivée.

2- Enfants naturels

La filiation naturelle est divisible : elle est établie séparément à l'égard de la mère et à l'égard du père. Il faut donc distinguer selon que la filiation de l'enfant est établie à l'égard de chacun de ses père et mère ou seulement à l'égard de l'un d'eux.

a) Si l'enfant a une filiation légalement établie à l'égard d'un seul de ses père et mère (en pratique il s'agit alors quasiment toujours de la filiation maternelle) : seule la mère est titulaire de l'autorité parentale, dont elle a aussi seule l'exercice (art. 374, al.1, Code civil).

b) Si l'enfant a une filiation légalement établie à l'égard de chacun de ses père et mère :

-en principe, les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais cet exercice en commun ne leur est pas dévolu de plein droit. En effet, il est subordonné à deux conditions cumulatives (ancien art. 372, al.2, Code civil) : il faut à la fois que l'enfant ait été reconnu par ses père et mère avant l'âge d'un an et que ceux-ci vivent ensemble au moment de la reconnaissance concomitante ou de la deuxième reconnaissance.

Si chacune de ces conditions n'est pas remplie, en principe, l'exercice de l'autorité parentale est dévolu seulement à la mère; mais la loi exprime sa faveur pour un exercice en commun, sans toutefois l'imposer, puisqu'elle prévoit que l'autorité parentale peut être exercée en commun par les père et mère s'ils en font la déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance (art. 374, al.2, Code civil).

Analyse de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002

Pour bien mesurer les apports de la loi nouvelle, qui globalement apparaît comme une bonne loi, il convient d'en dégager les objectifs principaux :

- Rappeler à chacun des parents ses droits et ses devoirs découlant de l'autorité parentale et leur finalité, qui réside dans l'intérêt de l'enfant.

- Associer l'enfant selon son âge et sa maturité aux choix éducatifs et aux décisions le concernant.

- Instaurer l'égalité entre père et mère mariés ensemble ou non et entre enfants nés dans le mariage ou hors mariage.

- Etendre le domaine de l'exercice en commun de l'autorité parentale, chacun des père et mère étant autant parent que l'autre :

*en faisant de l'exercice en commun le principe général lorsque les père et mère ne sont pas mariés ensemble, comme cette règle était déjà applicable auparavant aux époux pendant le mariage et en cas de divorce ou de séparation de corps ;

*en posant le principe que la séparation entre les parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale, non seulement lorsqu'il s'agit d'un divorce ou d'une séparation de corps (c'était déjà la règle dans le droit antérieur) mais aussi quand il s'agit d'une séparation entre des concubins.

La loi nouvelle entend préserver la coparentalité par-delà la rupture entre les époux ou les concubins.

Elle crée un droit commun de la séparation, en regroupant les dispositions applicables à l'exercice de l'autorité parentale dans le Titre IX du Livre I^{er} ; celles-ci ne sont donc plus éparpillées entre le Titre VI consacré au divorce et le Titre IX consacré à l'autorité parentale. Les solutions y gagnent en clarté, en lisibilité, en égalité.

La loi nouvelle autorise le système d'une résidence alternée pour le mineur dont les parents se séparent ; en cas de désaccord entre les parents sur la résidence de l'enfant, le juge peut prévoir une résidence alternée « à l'essai » pour une durée qu'il fixe.

- Favoriser l'existence et le maintien de relations personnelles entre l'enfant et chacun de ses père et mère.
- Faire respecter par chacun des parents les droits de l'autre en matière d'autorité parentale, quand ils ne vivent pas ensemble.
- Favoriser les accords entre père et mère dans l'exercice de l'autorité parentale. Une médiation familiale peut leur être proposée par le juge en cas de désaccord.
- Prévenir le risque d'enlèvement international d'enfant (art.373-2-6, al.3 nouveau, Code civil. : le juge peut notamment 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).

1- Enfants légitimes

a) Pendant la durée du mariage

En principe, l'autorité parentale est exercée en commun par les époux, comme dans le droit antérieur (nouvel art.372, al.1, Code civil).

b) En cas de divorce ou de séparation de corps :

- En principe, la séparation est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale (nouvel art. 373-2, al.1, Code civil), qui demeure commun, comme dans le droit antérieur.

-Par exception à ce principe, comme dans le droit antérieur, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents si l'intérêt de l'enfant le commande ; sa décision doit être spécialement motivée (nouvel art.373-2-1, al.1, Code civil).

Le juge ne peut alors refuser un droit de visite et d'hébergement à l'autre parent que pour des motifs graves et par décision spécialement motivée (nouvel art. 373-2-1, al.2, Code civil). 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 du mineur (nouvel art. 373-2-1, al.3, Code civil). Il doit contribuer à son entretien.

2- Enfants naturels

La divisibilité de la filiation naturelle oblige à faire aujourd'hui encore une distinction, selon que la filiation de l'enfant est établie à l'égard de chacun de ses père et mère ou seulement à l'égard de l'un d'eux.

a) Si la filiation de l'enfant n'est établie qu'à l'égard de l'un des parents, et c'est alors en pratique à l'égard de la mère, ce parent est seul titulaire de l'autorité parentale, dont il a seul l'exercice, comme dans le droit antérieur.

b) Si la filiation de l'enfant est établie à l'égard des deux parents, le législateur considère qu'il n'est pas opportun pour l'enfant de prévoir un exercice en commun de plein droit de l'autorité parentale en toutes circonstances et qu'il faut faire une distinction :

- En principe, l'autorité parentale est exercée en commun de plein droit par les père et mère, comme dans le mariage (nouvel art. 372, al.1, Code civil). La loi nouvelle n'exige pas la cohabitation des père et mère. Mais le principe de l'exercice en commun de plein droit vise un enfant naturel dont la filiation maternelle et paternelle est légalement établie avant l'âge d'un an. En outre, sa filiation doit être établie à l'égard du père par une reconnaissance ou par la possession d'état d'enfant naturel ; et à l'égard de la mère, par une reconnaissance, ou par la possession d'état d'enfant naturel, ou dans les termes de l'article 336 du Code civil (la reconnaissance paternelle indique le nom de la mère et cette indication est corroborée par un aveu de celle-ci fait sous une forme quelconque).

- Par exception à ce principe, l'exercice de l'autorité parentale est attribué à un seul des parents dans deux hypothèses (nouvel art. 372, al.2, Code civil) :

*en premier lieu, lorsque la filiation étant déjà établie envers un parent, qui détient et exerce alors seul l'autorité parentale, elle vient à être établie à l'égard du deuxième parent plus d'un an après la naissance ;

*en second lieu, lorsque la filiation est déclarée en justice, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas été volontairement établie par un parent et qu'il a fallu exercer une action contre lui à cette fin.

Mais dans chacune de ces hypothèses, la loi prévoit que les père et mère peuvent convenir d'un exercice en commun de l'autorité parentale par déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance (nouvel art. 372, al.3, Code civil).

La législation grecque relative à l'autorité parentale

Evolution de la législation

La dernière réforme remonte à la loi n°1329 de 1983. Aucun projet de loi n'est annoncé.

Le code civil grec distingue entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage. Il emploie l'expression « soins parentaux » qui correspond à la notion d'autorité parentale.

Analyse de la législation

1- Enfants nés dans le mariage

- Pendant la durée du mariage, le devoir et le droit d'apporter à l'enfant les soins parentaux sont dévolus aux deux époux (art. 1510 du code civil).
- En cas de divorce, d'interruption prolongée de la vie commune ou d'annulation du mariage, le tribunal peut accorder aux deux époux conjointement le devoir et le droit d'exercer les soins parentaux en vertu d'un accord conclu entre eux et incluant la fixation de la résidence habituelle du mineur.

A défaut d'accord, le tribunal confie à l'un d'eux exclusivement ce droit et ce devoir ou en partage les attributs selon des modalités qu'il fixe.

Pour se prononcer, il prend en considération l'état antérieur des relations de l'enfant avec chacun de ses père et mère et avec ses frères et sœurs, ainsi que les accords entre les époux notamment sur la garde et sur l'administration des biens du mineur.

Quand un des parents a la garde, l'autre a le droit de lui demander des renseignements sur la personne et sur le patrimoine de l'enfant (art. 1513 du code civil). Il a un droit de visite et peut ainsi entretenir des relations personnelles avec son enfant.

2- Enfants nés hors mariage

En principe (art.1515 du code civil), la mère a seule l'autorité parentale. Si le père a reconnu l'enfant, il acquiert aussi le devoir et le droit aux soins parentaux mais il ne peut l'exercer que si la mère a cessé de le faire elle-même ou si elle en est empêchée pour des raisons de fait ou de droit.

Dans l'intérêt du mineur, le tribunal peut, avec le consentement de la mère et sur la demande du père, accorder à ce dernier l'exercice des soins parentaux concurremment avec la mère ou accorder au père une partie des prérogatives y afférant.

Quand la paternité naturelle a été déclarée établie en justice malgré l'opposition du père, il n'est pas investi des soins parentaux et ne peut remplacer la mère dans leur exercice. Mais dans l'intérêt de l'enfant et sur demande du père, le tribunal pourrait en décider autrement dans l'hypothèse où la mère aurait cessé d'exercer les soins parentaux ou en serait empêchée pour des motifs de fait ou de droit, ou encore si les père et mère en étaient d'accord.

La législation italienne relative à l'autorité parentale

Evolution de la législation

Une importante réforme du droit de la famille a été réalisée par une loi de 1975.

Les articles 315 à 337 du code civil régissent la « puissance parentale », notion qui correspond à l'autorité parentale dans le code civil en France. Ces textes ne procèdent pas de la distinction entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage. Comme en Espagne, ils sont bâtis à partir d'un autre critère: selon que les père et mère vivent ensemble ou non.

La loi distingue aussi entre l'attribution de la puissance parentale, qui est un des effets attachés automatiquement à l'établissement de la filiation envers le père et (ou) la mère, et l'exercice de la puissance parentale qui, selon les situations, est attribué soit aux père et mère conjointement, soit à l'un d'eux seulement qui a alors la garde et dans ce dernier cas, l'autre a un droit de visite.

Analyse de la législation

1- Si les père et mère vivent ensemble, que ce soit dans les liens du mariage ou en concubinage, ils exercent conjointement la puissance parentale de plein droit du seul fait de la vie commune et à condition bien sûr que la filiation de l'enfant soit légalement établie à l'égard de chacun d'eux.

2- Si les père et mère ne vivent pas ensemble, la puissance parentale est exercée en principe exclusivement par celui des parents avec lequel le mineur réside habituellement.

Dans l'hypothèse particulière où l'enfant né hors mariage ne résiderait habituellement ni auprès de son père, ni auprès de sa mère, l'exercice de la puissance parentale est attribué au premier qui l'a reconnu.

Dans le cas où les époux divorcent ou se séparent, comme dans le cas d'une rupture du concubinage, la cessation de la vie commune entre les père et mère entraîne la cessation de l'exercice en commun de la puissance parentale. Du fait de l'établissement de la filiation envers chacun des père et mère, tous deux demeurent titulaires de la puissance parentale, mais elle est exercée exclusivement par celui qui a la garde du mineur.

Toutefois, les décisions qui présentent un intérêt majeur pour l'enfant doivent en principe être prises conjointement par les père et mère.

Le parent non gardien a un droit de visite et le droit et le devoir de veiller à l'éducation de l'enfant; il peut saisir le tribunal s'il a le sentiment que les décisions prises par le parent gardien nuisent à l'intérêt de l'enfant. Les modalités du droit de visite sont fixées par le tribunal dans l'intérêt du mineur, qu'il peut entendre. L'autre parent ou le procureur a le droit de s'opposer au droit de visite.

Pour aménager le droit de visite, le tribunal tient compte des accords parentaux, qu'il homologue à moins qu'ils soient contraires à l'intérêt de l'enfant. En fait, les parents peuvent ensuite modifier les termes de leur accord sans avoir à soumettre une nouvelle convention à une homologation judiciaire et le système fonctionnera sauf litige, auquel cas le tribunal pourrait être saisi par l'un des parents. De façon générale, les accords parentaux sont bien accueillis par les juges et favorisés par la pratique de la médiation; mais celle-ci n'est pas institutionnalisée. Habituellement, le droit de visite est exercé au domicile du parent auquel il est accordé, sauf si les circonstances nécessitent un lieu neutre ou la présence de tiers. En cas de défaillance de ce parent, l'autre peut demander la modification du droit de visite ou même, dans les situations extrêmes, le retrait de la puissance parentale.

Par ailleurs, le procureur ou le service de protection de l'enfance peut toujours informer le tribunal de toutes circonstances nouvelles de nature à compromettre l'intérêt de l'enfant, afin que la décision relative au droit de visite soit modifiée.

A noter pour information que la loi ne prévoit pas directement un droit de visite en faveur des grands-parents, ou des frères et sœurs ou encore, le cas échéant, des parents nourriciers; mais ces personnes pourraient demander au tribunal un tel droit dans l'intérêt du mineur en démontrant leurs liens étroits avec lui

La législation luxembourgeoise relative à l'autorité parentale

Evolution de la législation

La législation distingue entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage.

Une réforme globale du divorce est en voie d'élaboration; il est question d'instaurer l'exercice conjoint de l'autorité parentale après un divorce ou une séparation de corps, en vue concrètement d'améliorer la situation et les droits des pères.

Analyse de la législation

1- Enfants nés dans le mariage

Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun l'autorité parentale (art. 375 du code civil), ce qui suppose un accord sur les décisions courantes. A l'égard des tiers de bonne foi, chaque époux est réputé agir avec l'accord de l'autre lorsqu'il accomplit seul un acte usuel relativement à la personne du mineur (art. 375-2 du code civil).

En cas de désaccord entre les époux sur les décisions concernant l'enfant, le plus diligent peut saisir le juge des tutelles qui tranchera après avoir tenté de les concilier (art. 375-1 du code civil).

En cas de décès d'un époux, d'incapacité d'exprimer sa volonté ou de déchéance prononcée contre lui, l'autre parent exerce seul l'autorité parentale (art. 376 et 377 du code civil).

Lors d'un divorce ou d'une séparation de corps, l'exercice de l'autorité parentale est confié à un seul des père et mère selon l'intérêt de l'enfant (art. 302 du code civil). Ce parent a la garde du mineur et il s'agit très généralement de la mère. Le père obtient alors un droit de visite et de surveillance (art. 378 du code civil), qui ne peut lui être refusé que pour des motifs graves (art. 302, alinéa 3 du code civil). Le tribunal, statuant sur la garde lors d'un divorce ou d'une séparation de corps peut, dans des circonstances exceptionnelles, décider du vivant même des deux époux qu'au décès de l'époux gardien, la garde ne sera pas dévolue au parent survivant ; le tribunal peut alors désigner le tiers auquel la garde serait confiée à titre provisoire (art. 378-1 du code civil).

Une réforme d'ensemble du divorce est en cours de préparation. Elle pourrait retenir comme solution de principe l'exercice en commun de l'autorité parentale par les époux séparés.

2- Enfants nés hors mariage

Si un seul parent a reconnu l'enfant, il exerce seul l'autorité parentale (art. 380, alinéa1 du code civil).

Si les deux parents ont reconnu l'enfant, la mère exerce seule l'autorité parentale et le père a un droit de visite. Cependant, s'ils sont d'accord pour exercer en commun l'autorité parentale, les père et mère peuvent en faire la déclaration conjointe devant le juge des tutelles (art. 380, alinéa 1 du code civil) ; la loi n'exige pas alors qu'ils vivent en concubinage.

Dans tous les cas, à la demande du père, de la mère ou du ministère public, le juge des tutelles peut modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant naturel et décider qu'elle sera exercée par l'un d'eux seulement ou en commun. Lorsqu'un seul des parents exerce l'autorité parentale, le juge peut accorder à l'autre un droit de visite, d'hébergement et de surveillance (art. 380, alinéa 3 du code civil). Lorsque les père et mère exercent conjointement l'autorité parentale, le juge désigne celui chez lequel l'enfant aura sa résidence habituelle (art. 380, alinéa 2 du code civil).

La législation néerlandaise relative à l'autorité parentale

Evolution de la législation

Aux Pays-Bas, ces dernières années, la législation évolue très rapidement et de façon profonde.

- Une loi, entrée en vigueur le 2 décembre 1995, a modifié les textes relatifs à l'autorité parentale afin d'améliorer notamment les droits du père non marié et d'étendre le domaine de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

- Puis une autre réforme est résultée de deux lois, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1998 : la loi du 30 avril 1997 en matière d'autorité parentale et de tutelle conjointes et la loi du 5 juillet 1997, relative au partenariat enregistré entre deux personnes de sexe opposé ou de même sexe, qui a permis aux partenaires d'obtenir l'autorité parentale conjointement sur décision du juge. Cette dernière a eu aussi pour objectif de prendre en considération les recompositions familiales fondées sur le mariage, ou sur le concubinage, ou sur le partenariat enregistré, étant précisé que ces formes de vie en couple peuvent aussi bien viser des personnes de sexe opposé ou de même sexe, y compris le mariage depuis le 1^{er} avril 2001 (date d'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2000 relative au mariage entre homosexuels et modifiant l'adoption) : ces textes reconnaissent la place du nouveau conjoint, compagnon ou partenaire de celui des père ou mère qui concourt à élever l'enfant. La loi parle alors « d'autorité commune », attribuée au parent par le sang et au beau-parent ou au quasi beau-parent.

- Depuis le 1^{er} avril 2001, deux femmes peuvent ensemble contracter mariage ; l'épouse de la mère d'un enfant peut dès la naissance demander l'adoption de cet enfant. De même, deux

hommes peuvent contracter mariage ensemble ; si le père naturel d'un enfant né d'une mère porteuse et abandonné par elle à la naissance l'a reconnu, il est investi de l'autorité parentale et son mari peut demander l'adoption de l'enfant. Les premières adoptions pourraient être prononcées en 2002. Les deux mères ou les deux pères, selon l'hypothèse, partageraient alors l'autorité parentale.

- Une loi du 4 octobre 2001 (dont l'entrée en vigueur est fixée le 1^{er} janvier 2002) prévoit que sur un enfant né durant un partenariat enregistré entre un homme et une femme ou entre deux femmes, ou durant un mariage entre deux femmes, les deux partenaires ou les deux épouses selon le cas, ont ensemble de plein droit l'exercice de l'autorité parentale.

Analyse de la législation

La législation continue à distinguer entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage, mais les différences diminuent de plus en plus en matière d'autorité parentale par l'effet des réformes successives, rapprochées dans le temps.

1- Enfants nés dans le mariage

*Il est classiquement prévu que pendant la durée du mariage, les époux exercent conjointement l'autorité parentale (art.251, al.1, Livre I du code civil).

Ce principe reste applicable en cas de divorce, sauf si l'un d'eux demande et obtient du tribunal l'exercice exclusif de l'autorité parentale, ce qui inclut alors la garde du mineur (art. 251, al.2, Livre I du code civil) ; le parent non gardien a un droit de visite.

Une égalité de droits est en principe reconnue aux deux parents.

*Depuis le 1^{er} avril 2001, date de l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2000 qui a permis le mariage entre deux personnes du même sexe et qui a modifié la loi relative à l'adoption, une femme peut dès la naissance adopter l'enfant conçu par procréation médicalement assistée réalisée grâce à un don de sperme et né de son épouse. Les premières décisions sur ce point pourraient être rendues en 2002. La mère adoptive partagerait l'autorité parentale avec la mère biologique. Mais il est même prévu qu'à partir du 1^{er} janvier 2002, sur l'enfant né pendant le mariage entre deux femmes, les deux épouses auront de plein droit l'autorité parentale.

Quant à un homme marié avec un autre homme, quand ce dernier a reconnu un enfant abandonné par une mère porteuse à la naissance, il peut adopter cet enfant. Les premières décisions prononçant l'adoption ne devraient plus tarder. Les deux pères exerceraient en commun l'autorité parentale.

2- Enfants nés hors mariage

*La filiation maternelle étant établie de plein droit du seul fait de l'indication de la mère dans l'acte de naissance, l'autorité parentale est en principe attribuée à la mère (art. 253b, al.1, Livre I du code civil).

Mais depuis la réforme entrée en vigueur le 2 novembre 1995, l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents si le père a reconnu l'enfant et si les père et mère en font conjointement la déclaration auprès du greffier du canton (art. 252, Livre I du code civil). Le greffier vérifie que les deux conditions prévues par la loi sont remplies avant d'inscrire cette déclaration dans un registre spécial. Il ne peut refuser l'inscription que dans quelques cas limitativement énumérés par la loi (par exemple, si l'un des parents est frappé d'incapacité et ne peut donc exercer l'autorité parentale ; ou s'il a été déchu de l'autorité parentale ; ou si le parent gardien exerce déjà l'autorité parentale en commun avec une tierce personne...). La loi ne subordonne pas en revanche la déclaration conjointe de partage de l'exercice de l'autorité parentale à la cohabitation des père et mère ; elle n'exige donc pas qu'ils vivent en concubinage. Corrélativement, la cessation du concubinage est indifférente et n'a pas d'effets particuliers sur l'autorité parentale.

A défaut de déclaration conjointe parce que la mère refuse de partager l'autorité parentale, le père peut, s'il a reconnu l'enfant, demander au juge du canton de la lui attribuer en commun avec la mère. Le juge fait droit à la demande lorsque c'est l'intérêt de l'enfant.

Dans l'hypothèse où l'autorité parentale n'est pas exercée par la mère mais par un tuteur, le juge peut l'accorder au père, sur sa demande, s'il n'y a pas lieu de craindre que celui-ci se montre négligent, ni que l'intérêt de l'enfant soit compromis (art.253c, Livre I du code civil).

*En cas de partenariat enregistré entre deux femmes, la loi du 5 juillet 1997, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, a permis à la partenaire de la mère de demander au juge l'exercice en commun de l'autorité parentale. Depuis le 1^{er} avril 2001, la partenaire de la mère peut adopter l'enfant dès la naissance et les premières décisions pourraient être rendues en 2002. La mère adoptive partagerait l'autorité parentale avec la mère de naissance. Mais à partir du 1^{er} janvier 2002, date de l'entrée en vigueur de la loi du 4 octobre 2001, sur un enfant né pendant un partenariat enregistré entre deux femmes, c'est de plein droit que l'autorité parentale leur sera attribuée conjointement.

En cas de partenariat enregistré entre deux hommes, dont l'un est investi de l'autorité parentale car il a reconnu un enfant né d'une mère porteuse et abandonné par elle à la naissance, son partenaire peut demander au juge l'attribution conjointe de cette autorité depuis le 1^{er} janvier 1998. Depuis le 1^{er} avril 2001, il peut demander l'adoption de l'enfant et les premières adoptions pourraient être prononcées en 2002 ; le père adoptif serait investi de l'autorité parentale avec le père naturel. En l'absence d'adoption, la loi du 4 octobre 2001 ne prévoit pas d'attribution conjointe de plein droit de l'autorité parentale à deux hommes engagés dans un partenariat enregistré.

3- En cas d'exercice de l'autorité parentale par un seul des père et mère après divorce ou sur un enfant né hors mariage

L'un des parents exerce l'autorité parentale et a la garde de l'enfant. L'autre a en principe un droit de visite, aménagé par le tribunal.

Pour se prononcer sur le droit de visite et sur ses modalités, le tribunal peut demander l'avis du service de protection de l'enfance. En outre, il entend toutes personnes qui y ont un intérêt légitime, notamment bien sûr chacun des père et mère, ainsi que l'enfant s'il est âgé de plus de douze ans et, en-dessous de cet âge, quand il est doué de discernement. L'enfant peut exprimer son opposition au droit de visite; mais le tribunal n'en tient compte que si c'est son intérêt et s'il a justifié de raisons sérieuses. Peuvent encore s'opposer à l'attribution de ce droit le parent gardien et le service de protection de l'enfance à condition de démontrer qu'un droit de visite serait gravement préjudiciable au mineur ou tout au moins contraire à l'intérêt de l'enfant, ou que le parent non gardien est manifestement incapable d'exercer le droit qu'il réclame.

En général, la décision précise les périodes d'exercice du droit de visite, qui est mis en oeuvre au domicile du parent concerné sauf si un lieu neutre (chez un tiers ou dans une institution, par exemple) est apparu opportun. Préférence est donnée à un accord parental, lequel n'a pas impérativement besoin d'une homologation judiciaire. Une médiation pourrait avoir lieu en vue d'aplanir les difficultés, notamment par l'intermédiaire et avec les conseils du service de protection de l'enfance.

La décision fixant les modalités du droit de visite peut ensuite être modifiée suite à des faits nouveaux, à la requête du mineur s'il a plus de douze ans ou, en-dessous de cet âge, s'il est doué de discernement, ou à la demande du parent gardien, ou encore sur demande conjointe des deux parents.

On peut encore préciser que l'enfant est, lui aussi, titulaire d'un droit de visite avec ses père et mère et il pourrait réclamer une décision de justice pour tenter d'en obtenir la mise en oeuvre. Le service de protection de la jeunesse pourrait alors faciliter une reprise des contacts entre eux. Il reste que le tribunal ne pourrait pas contraindre le parent défaillant.

4- Recompositions familiales

Depuis la loi relative au partenariat enregistré, le nouveau conjoint, concubin ou partenaire enregistré d'un des parents peut partager « l'autorité commune ». En effet, sur demande des deux intéressés, l'autorité commune peut leur être attribuée par décision du tribunal d'instance dans les conditions suivantes : au moment de la demande, un seul des parents par le sang exerce l'autorité parentale et a donc la garde de l'enfant. Le mineur entretient des relations personnelles étroites avec le nouveau compagnon du parent gardien et s'il a plus de douze ans, l'enfant doit être entendu par le tribunal. Son intérêt ne doit pas être compromis par l'admission de l'autorité commune et notamment, ses relations avec l'autre parent ne doivent pas en souffrir. Si cet autre parent est encore en vie, le tribunal doit vérifier que le couple demandant l'autorité commune s'est occupé du mineur depuis au moins un an et que le parent gardien exerce seul l'autorité parentale depuis au moins trois ans.

Dans le cas où l'enfant serait né d'un seul des deux partenaires durant le partenariat enregistré, il est envisagé d'admettre que l'autorité parentale pourrait leur être accordée en commun lorsque la filiation de l'enfant n'est pas légalement établie à l'égard de son deuxième parent par le sang (projet d'article 253 SA, Livre I du code civil). Cette dernière hypothèse pourrait viser notamment des partenaires homosexuels, par exemple deux femmes dont l'une est la mère, lorsque l'enfant n'a pas été reconnu par son père.

La législation portugaise relative à la puissance paternelle

Evolution de la législation

Une loi du 30 juin 1999 est venue modifier les règles applicables en matière de puissance paternelle en cas de divorce, de séparation des époux ou d'annulation du mariage en vue de favoriser les accords entre époux et un exercice en commun. Aucune nouvelle réforme n'est présentement annoncée.

Le droit portugais continue à se référer à la puissance paternelle, quand bien même elle serait dévolue et exercée par les père et mère conjointement. La loi distingue entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage.

Analyse de la législation

1- Enfants nés dans le mariage

Pendant la durée du mariage, très classiquement, la puissance paternelle est exercée de plein droit par les père et mère, ce qui suppose leur commun accord sur les grandes orientations retenues. A défaut d'accord sur la prise d'une décision importante relative au mineur, le parent le plus diligent peut saisir le tribunal (art. 1901 du code civil).

A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre pour tous les actes usuels concernant la personne du mineur (art. 1902 du code civil). En revanche, le consentement du père et de la mère est nécessaire pour les actes graves.

En cas de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, la loi du 30 juin 1999 a entendu favoriser les accords parentaux et l'exercice conjoint de la puissance paternelle. Effectivement, le principe posé par la loi est celui de l'exercice conjoint de la puissance paternelle, selon des modalités aménagées par un accord entre les époux. Cet accord est soumis à une homologation du tribunal qui y procède sauf s'il est contraire à l'intérêt de l'enfant. Ce n'est qu'en l'absence d'accord entre les époux que le tribunal doit attribuer à l'un d'eux la garde du mineur selon son intérêt et le parent gardien exerce la puissance paternelle, l'autre ayant un droit de visite et un droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant (art. 1906 du code civil).

Dans des situations exceptionnelles toutefois, le tribunal pourrait confier la garde de l'enfant à un tiers ou à un établissement d'éducation (art. 1905 et 1907 du code civil).

2- Enfants nés hors mariage

Tout dépend si la filiation est établie seulement envers la mère ou si elle l'est à l'égard des père et mère à la fois.

Si la filiation n'est établie qu'à l'égard de la mère, celle-ci a la garde de l'enfant et elle exerce seule la puissance paternelle (art. 1910 du code civil).

Si la filiation naturelle est établie envers le père et la mère, deux cas sont envisageables, selon que les parents vivent ou non en concubinage.

S'ils vivent en concubinage, ils exercent en commun la puissance paternelle comme des époux, à condition toutefois d'en faire la déclaration conjointe (art. 1911, alinéa 3 du code civil).

En l'absence de déclaration conjointe ou si les parents ne vivent pas en concubinage, la garde et corrélativement l'exercice de la puissance paternelle sont dévolues à un seul parent et c'est en principe à la mère (art. 1911, alinéas 1 et 2 du code civil) ; le père a alors le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant et un droit de visite.

La législation relative à la responsabilité parentale au Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)

Evolution de la législation

Le *Children Act* (1989), entré en vigueur le 14 octobre 1991, a opéré une importante réforme du droit de la famille. Il élève l'intérêt de l'enfant au rang de critère déterminant pour toute décision d'une juridiction. Il préfère aussi aux notions d'autorité parentale et de droits des parents sur l'enfant celle de responsabilité parentale. De façon générale, il est favorable aux accords parentaux dans l'intérêt de l'enfant et de la paix familiale.

Il distingue toutefois entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage et une inégalité assez nette subsiste entre pères mariés et pères non mariés. En effet, hors mariage, il peut arriver que la responsabilité parentale ne soit pas attribuée au père naturel, mais exclusivement à la mère ; en d'autres termes, l'établissement légal du lien de filiation paternelle hors mariage n'emporte pas de plein droit l'attribution conjointe de la responsabilité parentale. Il y a quelques années, il avait été suggéré de modifier la législation pour accorder de plein droit au père naturel, qui aurait reconnu l'enfant, la responsabilité parentale en commun avec la mère ; pour l'instant, une telle réforme n'a pas encore été réalisée⁷⁰.

Analyse de la législation

1- Enfants nés dans le mariage

*Pendant le mariage, les époux sont cotitulaires de la responsabilité parentale, qu'ils exercent conjointement (*Children Act*, section 2).

*En cas de divorce, les père et mère conservent en principe ensemble la responsabilité parentale. Cependant, quant à son exercice, ils peuvent convenir que la garde du mineur sera partagée entre eux ou qu'elle sera attribuée à l'un seulement. En effet, toute latitude est offerte aux époux pour trouver un accord sur la garde sous réserve qu'ils respectent l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, le tribunal ne tranche autoritairement la question de la garde qu'à défaut d'accord parental ou si l'accord prévu méconnaît l'intérêt du mineur.

Lorsque la garde n'est attribuée qu'à l'un des parents, et c'est alors en fait à la mère le plus souvent, le père n'a pas le droit d'être consulté et informé sur toutes les questions usuelles relatives à l'éducation de l'enfant et ses prérogatives parentales se trouvent donc limitées dans la pratique. Mais parce qu'il est titulaire de la responsabilité parentale, il a le droit d'être associé à la prise des décisions graves et corrélativement de s'opposer par exemple à

⁷⁰ Voir in fine les statistiques disponibles en langue anglaise (*Marriage, divorce and adoption statistics ; Review of the Registrar General on marriages, divorces and adoptions in England and Wales, 2000 – London : Office for National Statistics*) et la traduction en langue française assurée par Gael Mattei, Docteur en droit, Centre de Droit Privé Fondamental.

l'adoption de l'enfant, à un changement de son nom ou à sa sortie du territoire pour une longue durée. Il a aussi un droit de visite.

Si les ex-époux conviennent de partager la garde, ils peuvent prévoir pour l'enfant une résidence alternée. Chacun d'eux participent aux décisions graves. Pour les décisions courantes, elles sont prises par le parent chez lequel réside le mineur au moment où la question se pose.

*A noter que le droit anglais prend en considération les recompositions familiales. Il prévoit que plus d'une personne peut avoir la responsabilité parentale en vertu d'une ordonnance de résidence, laquelle peut être rendue en faveur d'un membre de la famille (par exemple, un oncle ou une tante) ou d'un beau-parent. Ainsi, lorsque l'un des ex-époux est remarié, son nouveau conjoint peut obtenir une ordonnance de résidence rendue par le juge et elle implique la responsabilité parentale. Mais l'autre parent de l'enfant conserve alors la responsabilité parentale qui est ainsi attribuée à trois personnes : à chacun des ex-époux, c'est-à-dire aux père et mère, et au nouveau conjoint de l'un d'eux, c'est-à-dire au beau-père ou à la belle-mère de l'enfant. Chacune des personnes investies de la responsabilité parentale peut prendre des décisions courantes, tandis que les décisions graves nécessitent le consentement de toutes les personnes qui ont la responsabilité parentale.

2- Enfants nés hors mariage

*En principe, si au moment de la naissance les père et mère ne sont pas mariés, la mère est seule investie de la responsabilité parentale, même si le père reconnaît l'enfant et même s'il vit avec la mère et s'ils élèvent ensemble l'enfant, sauf acceptation par la mère d'un partage de la responsabilité parentale et accord en ce sens passé entre eux. Ainsi, il est légalement tenu de participer à l'entretien du mineur, sans pour autant que la responsabilité parentale lui soit attribuée de plein droit (*Children Support Act, 1991*).

La mère a encore seule la responsabilité parentale si le père n'exprime pas la volonté d'y être associé, d'où l'absence d'accord sur un partage passé entre eux.

Si le père n'a pas la responsabilité parentale parce qu'il se heurte à un refus de la mère, il peut songer à deux solutions :

-le père peut en demander l'attribution en justice, ce qui lui permet d'exercer un droit de visite et d'entretenir des relations personnelles avec son enfant (lettres, conversations téléphoniques...). La résidence habituelle du mineur est fixée chez sa mère qui, avec le père, est investie de la responsabilité parentale ;

-ou bien le père peut réclamer une ordonnance de résidence habituelle du mineur auprès de lui, ce qui emporte attribution de la responsabilité parentale.

*Le père naturel peut partager avec la mère la responsabilité parentale dans certains cas :

- Si tous deux concluent un accord en ce sens en signant un formulaire spécial (*parental responsibility agreement*) soumis à certification et enregistrement par un juge de paix ou

par un greffier en présence de témoins (*Children Act*, section 4). Cet accord n'est pas révocable par la seule volonté de la mère ; il pourrait néanmoins être annulé en justice.

-A défaut d'un tel accord, le père peut saisir le tribunal d'une demande d'attribution de responsabilité parentale, en vue de la partager avec la mère malgré le refus de celle-ci. Le tribunal n'y fait droit que si le père démontre que c'est dans l'intérêt de l'enfant. La résidence habituelle de l'enfant peut être fixée chez la mère. Le père a un droit de visite (cf. supra).

- Le père peut demander au tribunal une ordonnance de résidence habituelle de l'enfant auprès de lui dans l'intérêt du mineur. S'il l'obtient, il se trouve corrélativement titulaire de la responsabilité parentale (cf. supra).

Pour l'instant, aucune réforme n'a été réalisée en vue de partager de plein droit la responsabilité parentale entre père et mère non mariés ensemble en cas de reconnaissance paternelle de l'enfant.

3- Le droit de visite du parent non gardien (le père habituellement en pratique)

Le droit de visite accordé au père (père divorcé ou au père naturel) lui permet de recevoir et d'héberger son enfant, et de conserver des relations personnelles avec lui. Sauf prolongation exceptionnelle, la décision cesse ses effets lorsque l'enfant atteint l'âge de seize ans, à moins que le juge ait fixé une durée plus brève.

En vue de statuer sur la demande du père, le tribunal peut entendre l'enfant s'il a une maturité suffisante. Il entend aussi la mère. Il convient toutefois de souligner que devant un certain nombre de *County Courts*, avant même l'audience finale, un accord est réalisé entre les père et mère dans l'immense majorité des affaires. Deux facteurs y contribuent : si l'affaire s'avère conflictuelle, un agent du service de protection du tribunal peut être chargé d'établir un rapport tendant à favoriser une solution acceptée par les deux parents. En outre, un large recours à la médiation concourt à dédramatiser les affaires et incite fortement aux accords. L'aide juridictionnelle peut être accordée à ceux qui en remplissent les conditions matérielles (de ressources...) pour obtenir la mise en oeuvre d'une médiation familiale (*Family Law Act*, 1996, 3ème Partie).

Deux tableaux sur l'évolution des ordonnances relatives à la garde de l'enfant sont présentés ci-après.

Tableau n° 1

Ordonnances accordant la garde de l'enfant :
Nature de l'ordonnance rendue et bénéficiaires du droit de visite

Années	Ordonnances			Ordonnances		
	Ordonnances	accordant la garde	droit	accordant un	refusant un	
	A la mère	Au mari	Au mari	Total	droit de visite	de visite
	seulement	seulement	et à l'épouse			
1988	60 988	6 440	13 771	81 199	62 407	2 290
1989	59 577	6 370	14 766	80 713	63 138	2 077
1990	63 736	6 514	18 468	88 718	69 616	3 375
1991	45 590	4 968	17 730	68 288	53 330	3 081

Note : depuis octobre 1991, les ordonnances rendues en application du *Children act* de 1989 Section 8 remplacent largement les ordonnances rendues en matière de garde et de droit de visite.

Tableau n° 2

Ordonnances relatives à la garde de l'enfant :
Nature de l'ordonnance

Ordonnances rendues en	Ordonnances rendues dans le cadre d'une procédure de divorce				Autres			
	Contacts	Mesures	Résidences d'interdiction	Spécifiques	Contacts	Mesures	Résidences d'interdiction	Spécifiques
1991 ¹	562	253	548	76	272	328	371	64
1992	7 634	2 257	6 243	23	4 462	2 694	5 041	574
1993	12 122	2 587	8 844	82	7 645	3 065	7 246	726
1994	12 654	2 088	8 697	774	10 664	3 209	8 883	872
1995	13 813	1 893	9 022	694	13 743	3 173	10 524	902
1996	13 875	1 577	8 616	846	18 715	3 711	13 477	1 275
1997	12 569	1 365	7 036	611	21 265	3 381	13 774	1 330
1998	10 824	1 118	5 764	543	21 642	2 803	13 593	1 135
1999	10 547	1 308	5 580	532	24 659	3 405	15 084	1 368
2000	7 904	977	3 919	465	29 405	3 978	15 996	1 645

¹ Octobre – Décembre seulement – cf. tableau n°1.

Source: *The Court Service*.

La législation suisse relative à l'autorité parentale

Evolution de la législation

Les règles relatives à l'attribution de l'autorité parentale ont été récemment modifiées à l'occasion de l'importante réforme du divorce réalisée par une loi du 26 juin 1998, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Cette loi a introduit dans le code civil de nouvelles dispositions en matière d'autorité parentale. Elle distingue selon que l'enfant est ou non né dans le mariage. A propos d'un enfant né hors mariage, le législateur a introduit la possibilité d'un exercice conjoint de l'autorité parentale par les père et mère non mariés ensemble, ce qui constitue une innovation majeure.

(A noter à titre documentaire sur le divorce : la nouvelle loi prévoit plusieurs cas de divorce. Le divorce peut être prononcé en cas de consentement mutuel total ou partiel des époux, le juge devant vérifier que la convention passée entre eux est équitable avant de procéder à son homologation. Un divorce-remède est aussi admis : le divorce est en effet de droit en cas de vie séparée depuis au moins quatre ans. En outre, sans même attendre l'expiration de ce délai de quatre années, un époux peut demander le divorce pour des motifs sérieux qui rendent impossible la continuation du mariage et qui ne lui sont pas imputables).

Analyse de la législation

1- Enfants nés dans le mariage

- Pendant la durée du mariage, le principe est que les époux exercent de plein droit l'autorité parentale en commun (art. 297, alinéa 1 du code civil), sauf bien sûr si l'un d'eux venait à être frappé d'interdiction. Il y a donc égalité entre les père et mère.

Si un différend grave surgit entre eux à propos de l'éducation et de la surveillance des enfants et s'ils ne parviennent pas à s'accorder, l'autorité compétente peut décider de retirer l'autorité parentale à l'un des époux, ou même parfois aux deux époux et, dans cette dernière hypothèse, un tuteur serait nommé pour le mineur (art. 311 et 312 du code civil). Par la suite, la survenance de faits nouveaux impliquerait l'adaptation des mesures prises au regard de la situation nouvelle, mais l'autorité parentale ne pourrait alors être rétablie avant une année d'application de la mesure de retrait (art. 313 du code civil).

Un différend grave entre les époux concernant la personne de l'enfant mineur est souvent tantôt le fait générateur, tantôt le fait révélateur d'une mésentente latente profonde. En conséquence, s'ils venaient à suspendre la vie commune ou si une séparation de corps était prononcée, le juge pourrait confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul d'entre eux, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant (art. 176 et 297 du code civil).

-En cas de dissolution du mariage par décès d'un époux, l'autorité parentale appartient au conjoint survivant (art. 297 du code civil).

Le mariage peut aussi être dissous par divorce. La récente réforme du divorce a profondément modifié les règles relatives à l'autorité parentale après divorce. En effet, elle

a introduit la possibilité pour le juge de maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale par les époux malgré le divorce, prenant ainsi en considération la continuité du couple parental.

Avant cette réforme, le juge du divorce devait attribuer l'exercice de l'autorité parentale à un seul des père et mère, en fonction de l'intérêt du mineur. Sur ce point, les juges violaient volontiers la loi, ce qui avait conduit la jurisprudence fédérale à en rappeler le caractère obligatoire à plusieurs reprises. Une réforme était donc attendue ; elle a été bien accueillie.

Dorénavant, l'article 133F du code civil offre au juge du divorce deux possibilités:

*Première possibilité : le juge du divorce attribue l'autorité parentale, comme avant la réforme, à l'un des parents. Il fixe alors les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent ainsi que la contribution de ce dernier à l'entretien du mineur, y compris au-delà de sa majorité le cas échéant. Pour déterminer auquel des père et mère il confie l'exercice de l'autorité parentale et comment il aménage les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent, « le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant » et il « prend en considération une éventuelle requête commune des parents et, autant que possible, l'avis de l'enfant ».

Un accord entre les époux tendant à l'attribution de l'autorité parentale à l'un d'eux, s'il n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant, pourra donc être consacré dans la décision du juge.

Il importe de relever que le parent qui ne détient pas l'exercice de l'autorité parentale doit être tenu informé des événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant. Il doit aussi être entendu avant la prise des décisions importantes pour le développement de l'enfant. Chacun des père et mère, même celui auquel l'autorité parentale n'a pas été attribuée, peut recueillir au même titre que l'autre parent des renseignements sur l'état et le développement de l'enfant, notamment auprès de ses enseignants ou de son médecin.

*Deuxième possibilité : le juge du divorce maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale après le divorce, comme durant le mariage. Pour cela, il faut que les époux lui en fassent conjointement la demande, qu'ils présentent un projet de convention prévoyant la participation de chacun à l'entretien de l'enfant et que ce soit compatible avec l'intérêt du mineur. Si tel est bien le cas, le juge ratifie la convention.

Quelle que soit celle de ces deux solutions qui est retenue au moment du prononcé du divorce, l'attribution de l'autorité parentale doit être modifiée à la requête de l'un des père et mère, ou de l'enfant, ou de l'autorité tutélaire si des faits nouveaux importants surviennent et l'exigent pour le bien de l'enfant (art. 134 du code civil).

Plusieurs situations sont envisagées par l'article 134 du code civil : en cas d'accord entre les père et mère ou au décès de l'un d'eux, l'autorité tutélaire de surveillance est compétente pour modifier l'attribution de l'autorité parentale et pour ratifier la convention répartissant entre eux les frais d'entretien du mineur. Elle peut alors, le cas échéant, réviser les modalités d'organisation des relations personnelles entre l'enfant et l'un des parents.

Dans les autres cas, la compétence appartient au juge du divorce, qui est saisi d'une demande de modification de l'attribution de l'autorité parentale et qui peut aussi réviser l'organisation des relations personnelles entre l'enfant et l'un de ses parents.

Quel est alors l'impact de la réforme et quelle est l'étendue concrète des changements ? Il faut bien voir que chaque fois que les parents n'auront pas réussi à se mettre d'accord sur toutes les modalités de l'autorité parentale, celle-ci sera nécessairement attribuée à l'un d'eux, comme par le passé. La loi nouvelle valorise donc les accords entre les époux, qu'ils portent sur l'attribution conjointe ou à l'un d'eux seulement de l'autorité parentale, du moment que l'intérêt de l'enfant est préservé et après avis de celui-ci si c'est possible. Sur ce dernier point, la loi nouvelle a entendu mettre la législation suisse en conformité avec la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant : le mineur peut donc être entendu et exprimer son avis à l'occasion de la procédure de divorce et le cas échéant, il peut même y être représenté par un curateur.

La décision est modifiable à tout moment si des circonstances nouvelles importantes le justifient pour le bien du mineur. La loi préserve les droits du parent qui n'a pas l'autorité parentale en cas d'attribution unilatérale, respectant ainsi sa qualité de père ou de mère tout en protégeant sans doute mieux aussi le bien-être, la santé et la sécurité de l'enfant.

Sur certains points, la législation suisse, même depuis le 1^{er} janvier 2000, demeure en retrait par rapport à la législation française; sur d'autres, elle est en avance ! Du fait du caractère très récent de la loi suisse, aucune nouvelle réforme n'est évidemment envisagée.

2- Enfants nés hors mariage

De façon générale, la loi est en principe indifférente à l'existence d'un concubinage entre les père et mère. En effet, lorsqu'ils ne sont pas mariés ensemble, peu importe qu'ils cohabitent et élèvent ensemble leur enfant commun ou au contraire qu'ils vivent séparément, si ce n'est qu'en cas de vie commune, l'autorité tutélaire acceptera plus volontiers une requête tendant à l'attribution conjointe de l'autorité parentale.

Quand les père et mère ne vivent pas en concubinage et que l'enfant vit habituellement avec l'un d'eux, le principe (art. 298 du code civil) est que l'autorité parentale appartient exclusivement à la mère. Exceptionnellement, si pour une raison quelconque, la mère ne peut pas exercer l'autorité parentale, celle-ci peut être dévolue au père par l'autorité tutélaire. Ainsi, si la mère est mineure ou interdite, ou si elle est décédée, ou si elle a été déchue de l'autorité parentale, l'autorité tutélaire désigne un tuteur pour l'enfant ou transfère l'autorité parentale au père, selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant (art. 298 du code civil).

Toutefois, la loi du 26 juin 1998 a introduit une nouvelle disposition (l'article 298a du code civil) qui permet dorénavant à des parents non mariés ensemble d'avoir conjointement l'autorité parentale lorsque les conditions exigées, qui sont très strictes, se trouvent réunies, à savoir : il faut une requête conjointe des père et mère demandant à l'autorité tutélaire de leur attribuer en commun l'autorité parentale, que ce soit conforme à l'intérêt de l'enfant et que les père et mère soumettent à l'autorité tutélaire pour ratification une convention déterminant leur participation respective dans la prise en charge et l'entretien de l'enfant.

De façon générale, en cas d'attribution exclusive de l'autorité parentale, celui des parents qui en est privé n'a pas la garde, c'est à dire qu'il n'a pas la possibilité de vivre durablement avec l'enfant. Il n'a droit qu'à des relations personnelles avec l'enfant, ce qui correspond à un droit de visite aménagé par décision de l'autorité compétente en fonction des

circonstances concrètes (art. 273 du code civil) ; ce parent peut exiger que son droit soit aménagé et réglé.

Si l'exercice ou l'absence d'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant ou pour tout autre motif sérieux, l'autorité tutélaire peut rappeler leurs devoirs au père ou à la mère et leur donner des instructions pour leur accomplissement; si les relations personnelles compromettent le développement du mineur, si le parent qui les entretient viole ses obligations, ou s'il ne se soucie pas sérieusement de l'enfant, ou encore pour tout autre motif grave, le droit d'entretenir ces relations peut lui être retiré (art. 274 du code civil).

Il est encore prévu par l'article 274 que le père comme la mère doit veiller à ne pas perturber les relations de l'enfant avec son autre parent et ne pas rendre son éducation plus difficile.

La loi ne prévoit aucune règle spéciale en cas de rupture du concubinage. Cette situation relève donc a priori de l'article 298a, alinéa 2 du code civil, qui prévoit qu'à la requête de l'un des père et mère, de l'enfant ou de l'autorité tutélaire, cette dernière peut modifier l'attribution de l'autorité parentale lorsque des circonstances nouvelles l'exigent pour le bien de l'enfant ; de telles circonstances pourraient résulter de la rupture du concubinage.

A noter à titre documentaire que dans des circonstances exceptionnelles, le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant peut aussi être accordé à des tiers, en particulier à des proches parents (grands-parents, frères et sœurs, parents nourriciers...), à condition que ce soit l'intérêt de l'enfant. On applique alors les mêmes limites qu'au droit aux relations personnelles entre un des père ou mère et l'enfant (art. 274a du code civil).

En conclusion, sans distinguer selon que les père et mère sont ou non mariés ensemble, on peut signaler que s'ils ont conjointement l'autorité parentale, chacun est présumé à l'égard des tiers de bonne foi agir avec l'accord de l'autre pour les actes courants relatifs à la personne de l'enfant (art. 304 du code civil).

Par ailleurs, un parent, marié ou non avec l'autre, ne peut pas exercer le droit de garde s'il n'a pas l'autorité parentale. Il ne peut donc pas décider du lieu de résidence habituelle de l'enfant, ni des soins et du mode d'éducation quotidienne du mineur. Le droit de visite attribué à ce parent non gardien ne lui permet que d'héberger l'enfant pour la durée et les périodes prévues. Si ce parent ne remet pas l'enfant au parent gardien à l'expiration du droit de visite, il se rend coupable d'une soustraction du mineur et encourt des sanctions pénales.

En règle générale, le droit de visite est exercé au domicile du parent non gardien, sauf cas particuliers où ce droit est mis en oeuvre dans des limites déterminées. Quand le juge est compétent pour aménager les relations personnelles entre l'enfant et le parent non gardien, il peut durant la procédure entendre l'autorité tutélaire. Celle-ci doit conseiller les parents et prendre les mesures nécessaires à la protection de l'enfant ; dans des situations particulièrement difficiles, elle peut même nommer un curateur chargé de surveiller la mise en oeuvre du droit de visite (mais le curateur ne pourrait pas modifier les modalités du droit de visite).

Finalement, en droit suisse, les règles d'attribution de l'autorité parentale diffèrent selon que les parents sont ou non mariés ensemble. Dans les deux cas, la réforme du divorce a innové en valorisant les accords tendant à un exercice en commun dans l'intérêt de l'enfant. Elle ne consacre toutefois aucune disposition particulière à la médiation parentale.

Annexe 2

Points particuliers

Le droit de visite transfrontière en Europe après un divorce ou une séparation légale entre époux

Présentation synthétique

De façon générale, c'est-à-dire dans quasiment tous les pays européens, ce sont les tribunaux qui ont la possibilité de prévoir et d'aménager un droit de visite transfrontière en application des règles relatives au droit de visite. Pour cela, ils tiennent compte classiquement des circonstances propres à chaque affaire, et bien sûr de l'intérêt du mineur concerné.

Dans de très nombreuses hypothèses, des difficultés et un litige provoqués par la mise en œuvre d'un droit de visite transfrontière (en cas de non-retour de l'enfant chez le parent auprès duquel il a sa résidence ; ou en cas de refus par le parent, chez lequel le mineur réside habituellement, de le remettre à l'autre pour l'exercice du droit de visite, refus motivé en général par la crainte d'un non-retour) relèvent de la Convention du Luxembourg relative à la garde ou de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. A noter que la Turquie a prévu dans sa législation des dispositions spéciales en matière de droit de visite transfrontière.

Le droit de visite transfrontière génère un contentieux particulier et aigu. Sa spécificité tient essentiellement à la crainte d'un risque de non-retour de l'enfant à l'issue de son exercice et, à un degré moindre dans la pratique, au risque de non-représentation de l'enfant. Les conventions internationales se placent concrètement dans cette double perspective.

Dans quasiment tous les Etats, des mesures d'ordre préventif tendent à assurer le retour de l'enfant à l'issue de l'exercice du droit de visite. Comment ? Des procédés divers peuvent être utilisés selon les Etats et les circonstances et selon l'appréciation de l'autorité qui statue sur le droit de visite transfrontière. Les autorités judiciaires ou administratives saisies d'une demande de droit de visite transfrontière prennent en considération le fait que l'Etat dans lequel serait exercé le droit de visite est ou non partie à une convention internationale prévoyant des garanties de retour du mineur (Convention du Luxembourg, Convention de La Haye, Convention franco-algérienne de 1988...ou tout accord de ce type). Pour le reste, les pratiques sont variables : certaines autorités prennent assez systématiquement des garanties préventives ; d'autres le font parfois lorsqu'elles pressentent des risques. Certaines autorités se montrent particulièrement vigilantes dans la prévention même des risques : il semblerait bien ainsi que les tribunaux irlandais n'accordent un droit de visite transfrontière qu'en l'absence de risques d'enlèvement international d'enfants ou de non-retour et, qu'en cas de doute, ils décident que le droit de visite ne pourra être exercé en dehors du territoire de l'Etat de la résidence habituelle du mineur. On peut trouver des décisions du même type dans d'autres Etats, comme par exemple en Italie.

Selon une enquête réalisée au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, quant à la nature des mesures préventives susceptibles d'être ordonnées, il peut s'agir de toute mesure considérée comme opportune par l'autorité compétente aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, à Chypre, au Lichtenstein ou en République tchèque. En Suisse, les père et mère prennent des engagements écrits devant le juge de paix. Dans la majorité des Etats, les mesures

préventives prises consistent en des garanties financières ou bancaires (c'est le cas en Italie, en Autriche ou en Turquie par exemple), ou en une surveillance de l'exercice du droit de visite par les services sociaux (par exemple en Allemagne, au Luxembourg, en Belgique, en Suisse ou en Italie). Elles peuvent consister dans le dépôt auprès d'une autorité des passeports de l'enfant et éventuellement du parent qui le reçoit à l'occasion du droit de visite (par exemple en France, en Autriche, au Danemark, en Finlande, en Suisse, ou en Italie où cela ne peut viser que le passeport du mineur). Il faut tout de même signaler qu'en Allemagne, des juridictions supérieures, saisies à l'occasion d'une voie de recours, ont jugé la mesure illégale comme dépourvue de fondement juridique. En tout état de cause, les Accords de Schengen sont venus modifier les données de la question pour les Etats qui y sont parties, puisqu'à l'intérieur de l'espace européen ainsi formé, la circulation des personnes est libre.

Il est fréquent que l'autorité qui statue sur le droit de visite exige du parent titulaire qu'il communique toutes les indications sur le lieu où il compte l'exercer. Dans quantité d'Etats, c'est d'ailleurs le tribunal qui va décider du lieu (par exemple en Allemagne, en Italie, en Suède ou au Luxembourg), ainsi que de la périodicité, de la durée et des autres modalités d'exercice du droit de visite transfrontière ; il peut aussi prévoir les recours ou sanctions, y compris pénales, envisageables en cas de non-respect des modalités qu'il a fixées (par exemple, l'avertissement des officiers des douanes). Il peut s'agir du juge du divorce lui-même ou parfois d'un autre juge, chargé de se prononcer et d'aménager le droit de garde d'un parent et le droit de visite de l'autre. Les règles de compétence interne varient selon les Etats. Dans les pays scandinaves, le droit de garde et le droit de visite relèvent des autorités administratives compétentes pour décider des mesures sociales.

La tendance qui semblerait devenir prédominante consisterait actuellement à privilégier les accords entre les époux qui se séparent, un accord laissant présager l'absence de difficultés par la suite ou des difficultés moindres. Il est vrai qu'en fait, tout dépend s'il s'agit d'un véritable accord, librement consenti par chacun des parents, ou s'il s'agit d'un accord obtenu suite à des pressions. L'accord est assez généralement soumis à une homologation judiciaire ou administrative. A défaut d'accord, l'autorité compétente statue sur le droit de visite et en fixe autoritairement les modalités (c'est le cas par exemple en Allemagne, au Royaume-Uni, aux Pays-Bas...).

Classiquement, les modalités du droit de visite sont modifiables avec les circonstances et dans l'intérêt du mineur. Leur non-respect ouvre un recours, donc *a posteriori*, après réalisation des actes constitutifs d'une violation des termes de la décision les ayant prévues. Dans le cas où l'enfant réside habituellement dans un Etat auprès du parent gardien et où il est déplacé ou retenu par l'autre parent dans un autre Etat, c'est au parent gardien d'entreprendre les démarches et réclamations en vue du retour de l'enfant. Pour cela, de façon générale, il peut demander dans l'autre Etat la reconnaissance de la décision de garde ou y engager une nouvelle procédure aux fins de réclamer la garde et, assez souvent, il obtient en dernière ressource une assistance diplomatique de son pays. Mais en fait, il ne réclame pas toujours le retour du mineur. Lorsqu'au contraire, il a formulé une demande, soit il obtient satisfaction, soit il se heurte à un refus de l'autorité saisie. Les situations sont variables.

Après un enlèvement, suivi d'un retour du mineur auprès du parent gardien, diverses mesures et sanctions peuvent être prononcées. Il faut d'abord souligner le fait que dans aucun Etat, le parent auteur de l'enlèvement n'est automatiquement privé de son droit de

visite : en effet, selon une jurisprudence bien établie de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, chaque parent a le droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant (et réciproquement, l'enfant a aussi ce droit) en vertu de son droit à une vie privée familiale protégée par l'article 8 de la Convention. On peut rappeler brièvement qu'en matière de relations personnelles, la jurisprudence de la Cour s'inspire des principes fondamentaux selon lesquels les Etats ont des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée familiale (C.E.D.H 13 juin 1979, affaire Markcx/Belgique, série A n° 31 ; C.E.D.H. 26 mars 1985, affaire X. et Y./Pays-Bas, série A n° 91), dont l'obligation de permettre d'entretenir et de développer les liens familiaux (C.E.D.H. 27 octobre 1994, affaire Kroon et autres/Pays-Bas, série A n° 297-C). La Cour reconnaît aussi une importance déterminante à l'intérêt supérieur de l'enfant (C.E.D.H. 7 août 1996, affaire Johansen/Norvège, série A n° 238) et la nécessité de prendre dûment en considération les sentiments exprimés par l'enfant doué de discernement pour statuer sur une requête le concernant (C.E.D.H. 23 septembre 1994, affaire Hokkanen/Finlande, série A n° 299-A). Dans une affaire de déplacement illicite et de rétention sans droit de mineurs, la Cour a retenu une violation de l'article 8 de la Convention à la charge des autorités nationales parce qu'elles n'avaient pas pris toutes mesures et garanties nécessaires afin d'assurer leur retour auprès du parent gardien (C.E.D.H. 25 janvier 2000, affaire Ignaccolo-Zenide/Roumanie, requête n° 31 679/96) ; les autorités nationales doivent donc se montrer vigilantes.

Quant au parent gardien confronté à une situation de rétention illicite de l'enfant par l'autre, il peut demander au tribunal et obtenir une décision limitant, suspendant, voire retirant provisoirement le droit de visite, qui pourrait ensuite reprendre peu à peu selon des modalités prévues par l'autorité saisie (par exemple, après une phase de contacts maintenus téléphoniquement avec l'enfant). Mais de façon générale et dans le respect de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, certains Etats considèrent que l'intérêt supérieur de l'enfant exige qu'il puisse conserver des relations personnelles avec l'un et l'autre de ses parents, ce qui exclut toute mesure de suppression et même de suspension du droit de visite (ce serait par exemple la tendance en Allemagne, en Suisse ou au Lichtenstein). Inversement, d'autres Etats considèrent plutôt que l'intérêt supérieur du mineur impose d'empêcher toute nouvelle tentative d'enlèvement, de sorte qu'une limitation du droit de visite est le plus souvent décidée sans suppression radicale toutefois (par exemple en Irlande ou au Luxembourg et dans les pays scandinaves).

Les recompositions familiales et l'autorité parentale : Très brefs propos

Le droit suisse, le droit anglais et le droit néerlandais attachent des conséquences juridiques aux recompositions familiales en matière d'autorité parentale et en matière d'obligation alimentaire. Elles donnent au beau-parent, voire au quasi beau-parent, un statut propre.

La loi néerlandaise organise, sous le contrôle du juge judiciaire, l'autorité conjointe entre le père ou la mère d'un mineur et un tiers (art. 253t à 253y du code civil) lorsqu'il existe des liens très étroits entre l'enfant et le tiers. Ensuite, au décès du père ou de la mère, c'est le tiers qui est investi de plein droit de la tutelle (art. 253x du code civil). Le tiers peut être notamment le beau-père ou la belle-mère, ou un quasi beau-parent, ou le compagnon ou la compagne qui se trouvait lié au père ou à la mère par un partenariat enregistré.

En droit anglais, le nouveau mari ou le concubin de la mère, ou bien la nouvelle épouse ou la compagne du père peut avoir la responsabilité parentale conjointement avec la mère ou le père. Plus de deux personnes ont donc simultanément la responsabilité parentale ; pour son exercice, chaque personne peut agir seule, tout au moins pour les actes courants qui ne nécessitent pas un accord de toutes, ni même une concertation, ce qui constitue une fragilité du système. Une précision mérite d'être apportée : en ce qui concerne le père et la mère, la responsabilité parentale prend fin à son échéance normale ; en revanche, le tiers n'est investi de la responsabilité parentale que pour une durée fixée par le juge dans l'ordonnance de résidence. En cas de séparation du nouveau couple, cette troisième personne pourrait toutefois obtenir pour l'avenir une autre ordonnance de résidence.

Le droit suisse est plus modéré : il se situe à mi-chemin entre les systèmes néerlandais ou anglais et les autres législations européennes. Le nouveau conjoint (mais pas le concubin ou la concubine) du père ou de la mère doit assister ce dernier dans l'exercice de l'autorité parentale et le représenter dans les circonstances qui l'imposent (art. 299 du code civil).