

1. Rappel de la problématique

Moins de six ans après le vote de la loi du 22 juillet 1987, dite « loi Malhuret », le législateur a souhaité réformer le droit de l'autorité parentale. La loi du 8 janvier 1993 *modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, avait pour objectif de mettre le droit français en conformité avec la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Dans cette perspective, le législateur a affirmé d'une part le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents, quel que soit le devenir du couple, d'autre part, le droit de l'enfant à être entendu dans toutes les procédures qui le concernent.

Le premier objectif se traduit par la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce et dans la famille naturelle. L'enquête menée par le Centre de droit de la famille à la demande du Ministère de la Justice sur l'application de la loi du 22 juillet 1987 (cf. *L'exercice de l'autorité parentale après divorce et dans la famille naturelle, bilan d'application de la loi n° 87 570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale*, Rapport pour le Ministère de la Justice sous la direction de Hugues Fulchiron, janvier 1993), avait révélé qu'avant même l'intervention du législateur, la majorité des praticiens considéraient l'exercice en commun de l'autorité parentale comme la règle et l'exercice unilatéral comme l'exception. En ce sens la loi du 8 janvier 1993 n'a fait que consacrer en droit ce qui existait en fait.

Toutefois les interrogations soulevées avant 1993 par le système de l'exercice en commun de l'autorité parentale demeuraient. Elles prenaient même une dimension nouvelle puisque désormais l'exercice en commun constituait le principe. Il semblait donc particulièrement intéressant de poursuivre le travail effectué au lendemain de la loi de 1987 pour étudier la mise en oeuvre de la loi de 1993, les problèmes nouveaux qu'elle allait susciter, les changements qu'elle allait apporter dans les pratiques judiciaires et dans les comportements des parents ou au contraire les constantes qui perdureraient malgré les changements successifs de textes.

2. Méthodologie de la recherche

La présente recherche se situant dans le prolongement de celle qui avait été menée par le Centre de droit de la famille pour le Ministère de la Justice (cf. *supra*), il convenait d'utiliser les mêmes méthodes de travail et de s'intéresser aux mêmes sites, afin de dégager constantes et évolutions.

2.1. Domaine et nature des recherches

2.1.1 Domaine des recherches: afin de disposer de termes de comparaison, cette enquête sera effectuée sur les mêmes sites que la précédente: Lyon et Nanterre.

2.1.2. *Nature des recherches* : comme pour la précédente enquête, il a été procédé à deux types de travaux.

- *Des entretiens avec des professionnels* : ont été interrogés les magistrats concernés, i.e. les juges aux affaires familiales mis en place par la loi du 8 janvier 1993 et plusieurs conseillers à la cour d'appel, des avocats ainsi que des travailleurs sociaux et des personnes qualifiées chargées des mesures d'expertise ou de médiation.

- *Une analyse de dossiers* : l'enquête a porté sur les décisions rendues en 1994 et 1995 à Lyon et à Nanterre, soit deux ans d'application de la loi de 1993. Comme pour la précédente enquête ont été analysés dans chaque juridiction les 75 premiers dossiers de 1994 et 1995 traitant des décisions rendues dans le cadre des jugements de divorce, les 75 premiers dossiers de 1994 et 1995 issus du contentieux post-divorce, les 75 premiers dossiers de 1994 et 1995 issus de la mise en place contentieuse de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle, les 75 premiers dossiers de 1994 et 1995 issus du contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle, tous les dossiers de déclarations conjointes et toutes les demandes d'actes de communauté de vie.

Au total, et compte tenu du faible nombre de tel ou tel type de contentieux (cf. *infra*), 1493 ont été analysés.

3. Présentation des principaux résultats de la recherche

3.1. Les relations entre parents et enfants en cas de divorce

La comparaison entre les résultats de la présente enquête et ceux de l'enquête réalisée au lendemain de la loi du 22 juillet 1987 révèle, par delà l'évolution des textes, une grande permanence des pratiques judiciaires, qu'il s'agisse des modalités d'exercice de l'autorité parentale, de ses aménagements et du faible contentieux engendré par l'exercice en commun de l'autorité parentale.

3.1.1. L'organisation des relations entre l'enfant et ses parents lors de la décision de divorce

Conformément au nouvel article 287 c. civ. (mais la tendance était déjà très forte sous l'empire du texte issu de la loi du 22 juillet 1987), l'exercice en commun de l'autorité parentale est la règle, l'exercice unilatéral l'exception.

- La règle: l'exercice en commun de l'autorité parentale

Sur 300 décisions étudiées, 275 retiennent un exercice en commun de l'autorité parentale, soit 91,6%. Le système s'impose quelque soit le type de

divorce: dans tous les divorces sur requête conjointe (à une exception près) mais aussi dans 82,25%, des divorces pour faute.

On observe que l'immense majorité des demandes tendent à la mise en place d'un tel système (458 demandes sur les 508 connues). Rares sont en fait les hypothèses dans lesquelles les parents formulent des demandes opposées, l'un demandant un exercice en commun, l'autre un exercice unilatéral: dans de telles hypothèses, le juge tranche le plus souvent en faveur d'un exercice en commun (8 cas sur 12). De façon générale d'ailleurs, on constate que les conflits portant sur le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale sont très peu nombreux.

Le triomphe de l'exercice en commun de l'autorité parentale lors du prononcé du divorce confirme le succès de cette formule dans les mesures provisoires: on relève cependant une légère augmentation des chiffres entre ces deux stades de la procédure (89,60% pour les mesures provisoires, 91,60% pour la décision de divorce). On peut en déduire que non seulement l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est pas « pathogène », mais encore que certains de ceux qui avaient retenu un exercice unilatéral acceptent de passer à un exercice en commun.

- *L'exception : l'exercice unilatéral de l'autorité parentale*

L'exercice unilatéral de l'autorité parentale paraît doublement exceptionnel: par sa rareté d'une part, par les circonstances dans lesquelles il est ordonné d'autre part.

L'exercice unilatéral n'est retenu que dans 25 des 300 décisions étudiées, le plus souvent à l'occasion d'un divorce pour faute (23 dossiers sur 25), ce qui n'a rien de surprenant. Les demandes d'exercice unilatéral sont elles-mêmes assez rares: 9,84% des demandes connues. Le plus souvent elles émanent des mères. Il est intéressant d'observer que dans nombre de cas, l'autre parent ne réagit pas ou ne constitue pas avocat. Il n'y a demandes concurrentes que dans 14 dossiers, et dans la majorité des cas, le juge tranche le conflit en faveur de l'exercice en commun.

Dans 24 dossiers, l'exercice unilatéral est confié à la mère, dans un cas seulement au père. Il convient cependant de relativiser la portée de ces chiffres. Il apparaît tout d'abord que dans 4 dossiers, les père et mère sont d'accord. De plus, dans 17 cas, le père ne réagit pas à la demande de la mère (il ne demande rien sur ce point ou ne constitue pas avocat). Il n'y a donc vraiment conflit que dans 4 cas.

L'exercice unilatéral de l'autorité parentale est ordonné dans des circonstances très particulières. Le plus souvent, il s'impose en raison de la défaillance d'un des parents (pas de constitution d'avocat, absence prolongée de contacts avec l'enfant). Il est également retenu en cas de conflit très vif entre les père et mère, lorsque le juge estime qu'un partage de l'exercice de l'autorité parentale pourrait constituer un danger pour

l'enfant, lorsque la mise en place de l'exercice en commun paraît matériellement impossible, ou lorsque les parents en sont d'accord

3.1.2. L'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce

L'examen des modalités d'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale révèle, sous la nouvelle formule, une grande permanence des schémas traditionnels.

- Le choix de la résidence habituelle de l'enfant

Selon l'article 287 C. civ. nouveau, ce choix appartient aux père et mère. Le juge n'intervient qu'en cas de désaccord ou si le choix des parents lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant.

A première vue, les chiffres paraissent sans ambiguïté: dans 86,3% des cas, la résidence habituelle est fixée chez la mère, contre 11,7% chez le père. On ne peut que rapprocher ces chiffres des données d'enquêtes précédentes : 84,6% de résidence habituelle à la mère au lendemain de la loi Malhuret, 85% de gardes à la mère dans l'ancien système. Aujourd'hui comme hier, la charge quotidienne de l'enfant incombe donc presque toujours à la mère. Les choses sont cependant plus compliquées qu'il n'y paraît.

Si l'on examine tout d'abord les demandes des parents, il apparaît que face à une demande massive des mères (85% d'entre elles demandent que la résidence de l'enfant soit fixée auprès d'elles), les pères sont loin d'y être toujours opposés (66,8% des pères forment une demande en ce sens). Bien plus, 15,7% seulement des pères sollicitent la fixation de la résidence habituelle auprès d'eux. De même, on constate que plus l'enfant est grand plus il est (relativement) souvent confié à son père. Mais là encore, ce résultat correspond aux demandes des parents: rares sont les pères qui demandent à prendre en charge leurs jeunes enfants. A l'évidence, c'est donc moins l'attitude des juges que celles des pères sur laquelle il conviendrait de faire porter l'analyse.

Le recours à la « résidence alternée », présenté par certains comme le moyen d'assurer le droit de l'enfant à conserver des relations avec ses deux parents, est, en pratique très rares (3 dossiers). Il est vrai que certains avocats disent conseiller à leur clients de « déguiser » une demande de résidence alternée en résidence habituelle chez l'un, assortie d'un droit de visite et d'hébergement si large qu'il y a en fait partage de l'hébergement.

- L'organisation des relations personnelles entre l'enfant et ses parents après divorce

Là encore, les résultats obtenus montrent une grande permanence des comportements: dans la grande majorité des cas (69,4%), la décision de divorce prévoit un droit de visite libre et à défaut de meilleur accord entre

les parents, un week-end sur d'eux et la moitié des vacances scolaires. On retrouve donc les standards déjà présents avant la réforme même si l'accent est mis sur la liberté et l'accord des parents. Resterait cependant à savoir si les comportements des parents n'ont pas changé en profondeur.

3.1.3. Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Comme lors de l'enquête précédente, le contentieux apparaît très rare, qu'il s'agisse de la remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale ou de conflits portant sur ses aménagements.

- La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Un tel conflit n'apparaît que dans une vingtaine de dossiers. Le contentieux ne semble donc pas très important par rapport au nombre d'exercices en commun qui « fonctionnent » dans les tribunaux de grande instance de Lyon et de Nanterre. Dans la plupart des cas, le contentieux survient très vite (dans les deux ans qui suivent le divorce), à l'initiative du parent hébergeant. Le demandeur invoque parfois les difficultés rencontrées dans la mise en oeuvre de l'exercice en commun en raison des conflits qui opposent les parents. Mais le plus souvent, sont invoquées les carences de l'autre parent qui ne s'occupe pas de l'enfant et ne remplit pas ses obligations. Les hypothèses conflictuelles voisinent ainsi avec les cas de désintérêt.

- Le contentieux du fonctionnement de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Un assez grand nombre de demandes (199) tendent à obtenir le réaménagement des modalités d'exercice de l'autorité parentale (changement de résidence habituelle, modification du droit de visite et d'hébergement). On observe que cette remise en cause est proportionnellement plus fréquente lorsque la résidence habituelle de l'enfant a été confiée au père que dans le cas contraire. La majorité de ces demandes sont satisfaites. On observe cependant que le taux de succès des demandes paternelles est très nettement supérieur à celui des mères : presque 90% contre à peu près 33%. Il est vrai que lorsque l'enfant a été confié au père lors du divorce, les circonstances familiales sont en général très particulières.

Il est surprenant de constater qu'aucune affaire ne porte sur le fonctionnement même de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Pourtant la généralisation d'un système qui « oblige » les parents séparés à s'entendre pour assurer l'éducation de leurs enfants aurait pu faire craindre une augmentation des recours au juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 372-1-1 c. civ. L'absence de tout contentieux peut faire l'objet de deux interprétations, qui ne sont d'ailleurs pas contradictoires. Les « optimistes » y verront le signe du bon fonctionnement du système, les pessimistes en déduiront que l'exercice en commun n'est qu'une coquille

vide: un des parents assume au quotidien la charge des enfants et prend les décisions, l'autre, soit résignation, soit désintérêt, laisse faire...

3.2. Les relations entre l'enfant et ses parents naturels

La loi du 8 janvier 1993 a étendu le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale à la famille naturelle, en le soumettant cependant à une double série de conditions: la reconnaissance de l'enfant par ses deux parents dans l'année de sa naissance d'une part, la vie commune des parents lors de la seconde reconnaissance ou de la reconnaissance concomitante d'autre part ». De plus, les dispositions transitoires de la loi (art. 46), généreusement interprétées par la circulaire du 3 mars 1993, ont étendu les bienfaits de l'article 372 al. 2 nouveau aux parents naturels ayant reconnu leur enfant dans l'année de sa naissance et vivant ensemble au jour de l'entrée en vigueur de la loi.

Dans les hypothèses où ces conditions ne seraient pas remplies, le législateur a maintenu la possibilité d'accéder à un exercice en commun de l'autorité parentale par déclaration conjointe ou par décision du juge aux affaires familiales (art. 374 al. 2). Dans l'esprit du législateur, ces trois séries de règles étaient coordonnées afin d'assurer l'exercice en commun dans la famille naturelle. L'enquête réalisée montre que le schéma légal a été quelque peu brouillé.

3.2.1. L'exercice en commun de plein droit

Afin de faire la preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale, le législateur du 8 janvier 1993 a créé un acte, délivré par le juge aux affaires familiales et destiné à établir la communauté de vie entre les parents. La plupart des commentateurs de la loi avaient vivement critiqué ce système. En pratique, il semble avoir presque complètement échoué: les parents se détournent de l'acte de communauté de vie et recourent souvent aux procédures de l'article 374.

- L'échec de l'acte de communauté de vie

Les chiffres sont clairs : 37 actes de communauté de vie ont été délivrés à Lyon et à Nanterre en 1994 et 1995, et l'on note une diminution sensible sur les deux sites entre 1994 et 1995 : 25 actes délivrés en 1994, 12 en 1995 !

Les raisons de cet échec sont tout aussi claires: l'acte de communauté de vie ne correspond pas aux attentes des parents. D'une part en effet, les parents recherchent un document qui leur permette de prouver aux tiers qu'ils exercent ensemble l'autorité parentale; or de ce point de vue l'acte est insuffisant: il faut y joindre l'acte de naissance de l'enfant (mentionnant l'existence et la date des reconnaissances) et sans doute le texte de l'article 372 c. civ. car il est probable que les tiers en restent à l'idée que l'autorité

parentale est en principe exercée par la mère naturelle (cf. d'ailleurs art. 374 al. 1 c. civ.). Le système est donc pour le moins complexe.

D'autre part, on constate que la plupart des actes sont demandés pour des familles unies (28 actes sur 37). Cette donnée, surprenante à première vue, est en réalité tout à fait compréhensible: lorsque les parents se séparent, ils souhaitent non seulement une preuve simple et claire de l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais encore une organisation de la situation (fixation de la résidence habituelle et des droits de visite et d'hébergement notamment). L'acte de communauté de vie ne répond à aucune de ces aspirations.

On comprend que les parents se tournent vers d'autres procédures.

- *Le recours aux procédures de l'article 374 al. 2 c. civ.*

L'article 374 al. 2 prévoit deux procédures destinées à mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle: déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance d'une part, décision du juge aux affaires familiales d'autre part. Or si l'on examine les circonstances dans lesquelles les père et mère ou l'un d'eux recourent à ces procédures, on constate que dans bien des cas, les parents sont déjà investis de plein droit de l'exercice en commun de l'autorité parentale puisqu'ils remplissent toutes les conditions visées à l'article 372 al. 2 c. civ.: tel est le cas dans 155 des 283 déclarations conjointes examinées et dans plus du quart des décisions prises sur le fondement de l'article 374 al. 2 c. civ.

Dans l'une et l'autre hypothèse, on ne saurait accuser les juges de négligence. En réalité, les magistrats et les greffiers interrogés disent accepter d'enregistrer la déclaration conjointe ou de prendre leur décision en connaissance de cause afin de répondre aux besoins des parents qui leur réclament un document judiciaire établissant clairement qu'ils exercent en commun l'autorité parentale, et, éventuellement, l'organisent.

3.2.1. La mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle

- *La déclaration conjointe* de l'article 374 al. 2 a été mise en place par la loi du 22 juillet 1987. D'abord confiée au juge des tutelles, la charge de recevoir la déclaration a été confiée par la loi du 8 janvier 1993 au juge aux affaires matrimoniales, puis, par la loi du 8 février 1995, au greffier en chef du tribunal de grande instance. Ce second transfert de compétence est généralement bien accueilli: greffiers et magistrats font observer que le rôle de l'autorité compétente est plus que réduit, puisqu'elle ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation.

La plupart des déclarations étudiées ont été souscrites par des parents jeunes ayant reconnu simultanément leur enfant et qui vivent ensemble

lorsqu'ils accomplissent cette démarche. Selon les praticiens interrogés, ils souhaitent souvent « officialiser » ainsi leur situation. Comme on l'a souligné, un grand nombre de déclarants sont déjà investis de l'exercice en commun de plein droit de l'autorité parentale (cf. *supra*).

- *L'action devant le juge aux affaires familiales*, est encore assez souvent exercée. Elle est surtout utilisée par des parents qui ne vivent plus ensemble ou qui sont sur le point de se séparer. Le demandeur est en général le père (72% des actions), ce qui n'a rien de surprenant. Pour les parents, il s'agit non seulement de mettre en place l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais aussi, d'organiser judiciairement la situation : résidence habituelle, droit de visite et d'hébergement, pension alimentaire. La procédure de l'article 374 al. 3 sert ainsi de procédure de divorce quant aux enfants. Au demeurant on observe que les dossiers sont moins conflictuels qu'on aurait pu le penser : 102 conflits, mais 162 accords.

Le juge se prononce en général en faveur de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Il arrive cependant que l'exercice unilatéral reste à la mère (43 dossiers) : il s'agit d'hypothèses tout à fait semblables à celles qui justifient un exercice unilatéral après divorce. Il n'est donc plus question de demander, comme certains juges le faisaient avant la réforme, que le père prouve en quoi l'exercice en commun de l'autorité parentale est seul conforme à l'intérêt de l'enfant : désormais l'exercice en commun est bien la règle, et l'exercice unilatéral l'exception.

En ce qui concerne l'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale, on constate que la résidence habituelle est le plus souvent confiée à la mère, du moins lorsque l'enfant a moins de 10 ans. Il est vrai que le père est souvent d'accord avec la mère sur ce point.

3.2.3. Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle

Ce contentieux est relativement important, ce qui ne saurait surprendre compte tenu de l'absence de procédure parallèle au divorce en cas de séparation. Or les parents ont besoin de recourir au juge non seulement pour organiser entre eux la situation, mais aussi pour disposer d'un titre judiciaire dans leurs rapports avec les tiers. Le « contentieux » porte d'ailleurs plus sur l'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale, que sur une remise en cause de ce système.

L'étude du droit de l'enfant à conserver des liens avec ses deux parents, au travers de deux années d'application de la loi du 8 janvier 1993, offre moins de certitudes que d'incertitudes.

- Une certitude: l'exercice en commun de l'autorité parentale est la règle dans la famille légitime comme dans la famille naturelle. Conformément aux vœux du législateur, les parents, fussent-ils séparés, disposent donc désormais d'un cadre permettant *a priori* une prise en charge commune de l'enfant et le maintien de ses relations personnelles avec chacun d'eux.

Mais cette certitude ne peut masquer un certain nombre d'incertitudes. Que recouvre en effet l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la pratique quotidienne des parents légitimes ou naturels ? De fait, l'enquête a révélé, sous le principe d'exercice en commun, le maintien des schémas traditionnels: résidence habituelle chez la mère, droit de visite et d'hébergement libre ou à défaut « standard » pour le père. Pour autant peut-on dire que rien n'a changé et que la mère continue d'être seule investie de la charge quotidienne des enfants (cf. l'ancienne mère « gardienne ») ? Il n'est pas impossible que les comportements des parents aient malgré tout évolué, ou commencé à évoluer, en profondeur, vers une responsabilisation et vers une plus grande implication des deux parents dans l'éducation de leurs enfants ?

Il serait donc tout à fait excessif de dire, comme le font certains adversaires de l'exercice en commun de l'autorité parentale, et plus encore, quelques uns de ceux qui attendaient des miracles du nouveau système, que rien n'a changé. Il est possible que sous la permanence des schémas anciens, des changements plus profonds soient à l'oeuvre.

- Le petit nombre de situations conflictuelles se traduisant par des demandes opposées des pères et mères lors du prononcé du divorce, conduit à nuancer singulièrement l'image d'une séparation qui ne serait que cris et combats judiciaires: dans un très grand nombre de cas les parents forment des demandes concordantes; il est également fréquent qu'un des parents s'abstienne de former une demande particulière à propos des enfants. Il en va de même dans l'après divorce et dans la famille naturelle. Le juge n'a que rarement à trancher un véritable conflit.

Mais une telle donnée doit être analysée avec prudence. Certains y verront la marque d'un consensus parental: le faible nombre de conflits pourrait apparaître comme le signe d'une « dépassionnalisation » de la séparation, favorisée par le nouveau partage des responsabilités. D'autres, à l'inverse, souligneront que la rareté des conflits pourrait signifier, tout simplement, que dans un grand nombre de cas, une seule solution est envisageable ou envisagée: la prise en charge de l'enfant par sa mère. De même le faible nombre de conflits engendrés par l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle comme dans la famille légitime peut certes être analysé comme la marque du succès de ce système (non seulement le système n'est pas en lui-même pathogène, mais les parents apprennent à collaborer dans l'intérêt de l'enfant malgré leur séparation). Mais il peut aussi apparaître comme le signe de son échec: s'il

n'y pas de conflit, c'est que l'un des parents prend seul les décisions; l'autre se résigne ou se désintéresse de la situation.

- En vérité, l'attitude des pères paraît pour le moins délicate à analyser. Rares sont ceux qui demandent à prendre en charge quotidiennement les enfants. Contrairement à une opinion souvent avancée, les 86% de prise en charge par la mère après divorce ne peuvent donc se réduire à un problème de « sexisme » des juges. D'autant que lorsque les pères demandent, il ne semble pas qu'il y ait de « prime à la mère ». Il est vrai que lorsque le père demande à assurer la charge des enfants, la situation est souvent très particulière: il n'est donc pas surprenant qu'il obtienne souvent gain de cause.

Reste bien sûr à s'interroger sur les raisons de l'attitude des pères: pourquoi demandent-ils si rarement à assumer la charge des enfants ? Est-ce seulement une question de modèle social de prise en charge des enfants (d'ailleurs, combien de mères demandent la résidence habituelle des enfants parce qu'elles craindraient sinon de passer pour de « mauvaises mères » ?), ou de disponibilité ? N'est-ce pas aussi un problème de pesanteur judiciaire (celle de certains magistrats mais aussi celle de certains avocats): les pères n'osent pas demander la résidence habituelle parce qu'ils sont persuadés qu'ils ne pourront pas l'obtenir ? Une enquête plus approfondie auprès des pères eux-mêmes permettrait de mieux comprendre ce phénomène.

Il faut également relever le faible nombre d'auditions de l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale. Toutefois, la référence aux sentiments de l'enfant n'est pas absente du contentieux, qu'elle fonde la demande des parents ou qu'elle conforte la décision du juge.

- Faudrait-il donc réformer une nouvelle fois le droit de l'autorité parentale ? L'analyse de deux ans d'application de la loi du 8 janvier 1993 n'offre qu'une certitude: l'inadéquation de l'acte de communauté de vie aux besoins et aux attentes des parents naturels. Mais il semble que le problème réside moins dans l'acte lui-même que dans le système d'exercice en commun de l'autorité parentale de plein droit et ses deux conditions cumulatives. Ne vaudrait-il pas mieux lier, comme on l'a parfois proposé, exercice en commun de l'autorité parentale et reconnaissance conjointe ? Non seulement en effet, un tel système résoudrait tous les problèmes de preuve à l'égard des tiers, mais encore, la démarche commune que constitue la reconnaissance conjointe permettrait une information des parents sur leurs responsabilités communes à l'égard des enfants.

En revanche, l'enquête n'apporte guère de renseignements sur la résidence alternée, en qui certains voient aujourd'hui une solution à tous les problèmes du divorce et la seule garantie efficace du droit de l'enfant à conserver des relations avec ses deux parents. Un tel système est très rarement adopté, toujours à la requête des deux parents. Il est vrai que la résidence alternée est parfois camouflée sous une résidence habituelle assortie de très larges droits de visite et d'hébergement.

Introduction

Section 1 : Rappel de la problématique

Moins de six ans après le vote de la loi du 22 juillet 1987, dite « loi Malhuret », le législateur a souhaité réformer le droit de l'autorité parentale. La loi du 8 janvier 1993 *modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, avait pour objectif de mettre le droit français en conformité avec la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Dans cette perspective, le législateur a affirmé d'une part le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents, quelque soit le devenir du couple, d'autre part, le droit de l'enfant à être entendu dans toutes les procédures qui le concernent.

Le premier objectif se traduisit par la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale après-divorce et dans la famille naturelle. L'enquête menée par le Centre de droit de la famille à la demande du Ministère de la Justice sur l'application de la loi du 22 juillet 1987 (cf. *L'exercice de l'autorité parentale après-divorce et dans la famille naturelle, bilan d'application de la loi n° 87 570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale*, Rapport pour le Ministère de la Justice sous la direction de Hugues Fulchiron, janvier 1993), avait révélé qu'avant même l'intervention du législateur, la majorité des praticiens considéraient l'exercice en commun de l'autorité parentale comme la règle et l'exercice unilatéral comme l'exception. En ce sens la loi du 8 janvier 1993 n'a fait que consacrer en droit ce qui existait en fait.

Toutefois les interrogations soulevées avant 1993 par le système de l'exercice en commun de l'autorité parentale demeuraient. Elles prenaient même une dimension nouvelle puisque désormais l'exercice en commun constituait le principe. Il semblait donc particulièrement intéressant de poursuivre le travail effectué au lendemain de la loi de 1987 pour étudier la mise en oeuvre de la loi de 1993, les problèmes nouveaux qu'elle allait susciter, les changements qu'elle allait apporter dans les pratiques judiciaires et dans les comportements des parents ou au contraire les constantes qui perdureraient malgré les changements successifs de textes.

A- L'après-divorce

Depuis la loi du 8 janvier 1993, l'exercice en commun de l'autorité parentale est la règle. Le juge n'intervient pour fixer la résidence habituelle de l'enfant qu'en cas de désaccord des parents ou si leur choix ne lui semble pas conforme à l'intérêt de l'enfant. Un exercice unilatéral de l'autorité parentale ne peut être prononcé « que si l'intérêt des enfants le commande » (art. 287 al. 2). Mais aujourd'hui comme hier, il convient de s'interroger sur les réalités que recouvre l'exercice en commun de l'autorité parentale, *i.e.* si le modèle proposé par le législateur correspond en pratique à une prise en charge de l'enfant par ses deux parents, sur le plan

matériel comme sur le plan éducatif, ou si le parent avec qui vit l'enfant (le parent chez qui l'enfant a sa résidence habituelle, le parent *gardien* dans l'ancien système), en assume presque toute la charge. Il s'agit donc de rechercher, à travers sept ans de pratique de l'autorité parentale, si les schémas en vigueur avant les lois de 1987 et de 1993 se perpétuent ou non à travers un pseudo exercice en commun de l'autorité parentale, (prise en charge de l'enfant par la mère, droit de visite et d'hébergement du père « standard », *i. e.* un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires, « sauf meilleur accord des parents », faible participation du père à l'éducation de l'enfant), ou si le nouveau modèle proposé aux parents par le législateur a rempli sa fonction symbolique.

Il importait donc d'étudier avec une attention toute particulière les aménagements du système et la place faite au parent chez qui les enfants n'ont pas leur résidence habituelle: simples droits de visite et d'hébergement, partage ou alternance de l'hébergement. Assiste-t-on à la simple reproduction des pratiques antérieures (résidence habituelle chez la mère, droit de visite et d'hébergement libre ou à défaut « standard » au profit du père) ou cette permanence n'est-elle qu'une apparence, masquant une évolution plus profonde des relations familiales après la séparation. Une étude plus approfondie des demandes sur l'ensemble des juridictions retenues devait permettre de confirmer ou d'infirmer l'hypothèse d'une plus grande égalité entre le père et la mère.

L'étude du contentieux post divorce sur l'ensemble des juridictions pouvait être également riche d'enseignements. La précédente enquête avait révélé que le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale était particulièrement faible: fallait-il y voir le témoignage du bon fonctionnement du système ou le signe d'une permanence des anciens comportements: un parent assume la prise en charge de l'enfant, l'autre se confine, volontairement ou non, dans le rôle de l'ancien parent « non gardien » ? L'examen du contentieux survenant, dans certains cas, après plusieurs années d'exercice en commun de l'autorité parentale, devait permettre de donner des réponses plus précises à ces questions.

Lors de la précédente enquête, il était apparu qu'une grande partie du contentieux survenait assez vite. Mais il s'agissait souvent d'un « faux » contentieux, en ce sens que le parent « défendeur » était d'accord avec la demande ou acquiesçait en cours de procédure. Ce phénomène, qui atténue singulièrement les craintes de ceux qui craignaient que la généralisation du système ne soit source de blocages, méritait également d'être étudié avec précision.

B- La famille naturelle,

L'enquête réalisée à propos de la loi du 22 juillet 1987 avait révélé que le système de déclaration devant le juge des tutelles, en vue de mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale, n'avait eu qu'un succès relatif. L'interprétation de ce phénomène était

d'ailleurs délicate (moindre *besoin* d'exercice en commun de l'autorité parentale que le discours ambiant ne le prétendait, désintérêt des parents pour une telle démarche lorsque tout va bien, refus de l'institution ?). Le législateur de 1993 a mis en place un système d'exercice en commun automatique dès lors que deux conditions sont remplies : la reconnaissance par les deux parents dans l'année qui suit la naissance de l'enfant d'une part, la vie commune des père et mère lors de la seconde reconnaissance d'autre part.

Dès l'origine, ce système a encouru de très vives critiques. Il suscite en effet de délicats problèmes de preuve. Comment prouver la vie commune lors de la seconde reconnaissance ? L'article 372-1 c. civ. prévoit la délivrance d'un acte par le juge aux affaires familiales, au vu des éléments apportés par le demandeur. Comment ce système fonctionne-t-il ? Qui demande la délivrance d'un tel certificat ? A quelles investigations le juge se livre-t-il ? Le juge informe-t-il l'autre parent de cette démarche, et donc de la réalité d'un exercice en commun de l'autorité parentale ? Que se passe-t-il en cas de refus de délivrance ou en cas de délivrance contestée par l'autre parent, sachant que « ni l'acte, ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours » (art. 372-1 al. 2) ? Autant de questions dont il convenait d'apprécier la réalité (les familles naturelles n'ont-elles pas tendance à vivre hors du droit ?) et les remèdes.

De plus, le système ne risque-t-il pas de brouiller les critères de référence des tiers : doivent-ils présumer que les parents naturels exercent en commun l'autorité parentale (dans ce cas il appartiendrait à celui qui exerce seul cette autorité d'en faire la preuve, ce qui risque de se révéler très lourd), ou présumeront-ils l'exercice unilatéral par la mère comme dans l'ancien système (la charge de la preuve pèsera alors sur le père) ?

La encore, il convient de s'interroger sur les problèmes rencontrés par les intéressés et sur les solutions imaginées par la pratique. En fait, les défauts du système mis en place en 1993 ne risquent-ils pas de conduire les parents à se tourner vers une déclaration conjointe devant le JAF (puis le greffier en chef du tribunal d'instance), parfois même à une demande auprès du JAF en vue d'obtenir un exercice en commun de l'autorité parentale alors qu'en théorie, ils en jouissent déjà ?

C- La parole de l'enfant

Absente du projet de loi initial, l'audition de l'enfant en justice a fait l'objet d'une attention particulière de la loi du 8 janvier 1993. Les dispositions nouvelles accordent une place prépondérante au pouvoir d'appréciation du magistrat qui détermine l'opportunité de l'audition puisqu'il n'est pas tenu de la provoquer, qui décide sans recours possible d'accéder ou non à la demande de l'enfant d'être entendu et dispose même de la faculté de remplacer la personne choisie par l'enfant pour l'accompagner lors de l'audition. Les décisions relatives à l'autorité parentale constituent un cadre propice à une étude de la mise en oeuvre du droit de l'enfant à

être entendu dans toutes les procédures qui le concernent, puisque ces procédures sont le cadre le plus fréquent de la revendication du droit de l'enfant à participer au débat judiciaire. Une enquête faisant suite à celle effectuée par le Centre de droit de la famille en 1993 offrirait une vision globale de l'évolution des droits procéduraux de l'enfant. En effet, elle permettrait de connaître l'importance quantitative de l'audition, les facteurs qui la favorisent, le contexte dans lequel elle se déroule et ses modalités.

En résumé, la problématique de la recherche était centrée sur la mise en oeuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents. Ce droit est-il assuré *en droit* dans la famille naturelle, *en fait* dans toutes les familles désunies ? Si non, quelles sont les solutions proposées par les praticiens ou les pistes que l'on peut dégager des pratiques mises en oeuvre par les parents (cf. les demandes de partage de l'hébergement) ? Il s'agissait également de s'interroger sur le point de savoir si les débats autour des responsabilités parentales et des droits de l'enfant ainsi que les modifications successives des règles légales ont suscité ou non une modification en profondeur des comportements des parents et des praticiens de l'autorité parentale. A travers le cas de l'aménagement des relations entre parents et enfants dans les familles désunies, il s'agissait donc de s'interroger sur la réalité des *effets symboliques* recherchés par le législateur dans le domaine familial.

Quant au contentieux suscité par l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle, son étude paraissait d'autant plus importante que la loi du 8 janvier 1993 a instauré un exercice en commun de plein droit et qu'à la différence de ce qui se passe en cas de divorce, le juge n'est pas appelé à statuer lors de la séparation des parents. Là encore dans quelle proportion y a-t-il conflit ou au contraire accord entre les parents ?

Enfin, dans la famille légitime comme dans la famille naturelle séparée, il convenait de s'interroger sur deux questions. Tout d'abord, quelle est la place des pères, qu'il s'agisse de l'exercice de l'autorité parentale, de la résidence habituelle ou des droits de visite et d'hébergement ? Constate-t-on une évolution dans les demandes des intéressés et dans les décisions des juges ? Ensuite, dans quelle mesure les juges prennent-ils en compte, directement ou indirectement, la parole ou, tout au moins, les vœux de l'enfant ?

Section 2 : Méthodologie de la recherche

La présente recherche se situant dans le prolongement de celle qui avait été menée par le Centre de droit de la famille pour le Ministère de la Justice (cf. *supra*), il convenait d'utiliser les mêmes méthodes de travail et de s'intéresser aux mêmes sites, afin de dégager constantes et évolutions.

A- Nature des recherches

Comme pour la précédente enquête, il a été procédé à deux types de travaux.

1- Entretiens avec les professionnels

- Ont été interrogés les *magistrats* concernés, *i.e. les juges aux affaires familiales* mis en place par la loi du 8 janvier 1993 et plusieurs conseillers à la cour d'appel. Ces entretiens ont notamment porté sur leurs réactions face à la loi et à son application. Considèrent-ils que leur rôle n'est plus que second (rôle d'arbitre en cas de conflit entre des parents ou de « danger » pour l'enfant, cf. nouvel art. 372) ou la loi n'a-t-elle rien changé à leur pratique ? Quels sont désormais les éléments qui les conduisent à intervenir. Quels sont les facteurs qui déterminent leur choix ? Quels sont les aménagements généralement retenus ? Quelle est leur position vis à vis du partage de l'hébergement ? Le contentieux a-t-il augmenté ou reste-t-il marginal, et pourquoi ? Pensent-ils que le nouveau principe d'exercice en commun de l'autorité parentale peut influencer les comportements des parents ? Ont-ils constaté une évolution des esprits ? Les espoirs placés dans la création d'un JAF se sont-ils réalisés ? La famille naturelle présente-t-elle toujours à leurs yeux des caractères particuliers ? Que pensent-ils du nouveau système de l'article 374 c. civ. et des actes de communauté de vie ? Que signifie pour eux l'idée de coparentalité ?

Les entretiens ont également porté sur l'audition de l'enfant afin de connaître le sentiment des magistrats quant aux nouvelles dispositions de la loi de 1993, et les moyens qu'ils mettent en oeuvre pour se conformer à ces dernières. Il s'agissait de savoir quelle importance les magistrats accordent au rôle que leur a conféré le législateur.

- Des entretiens avec des *avocats* avaient pour but d'apprécier le travail fait en amont avec les parents (choix de la résidence habituelle et aménagement des relations personnelles de l'enfant avec l'autre parent, refus du système d'exercice en commun de l'autorité parentale, place de la prise en charge matérielle et financière des enfants dans les stratégies développées par les parents), au cours de la procédure avec le juge et l'avocat de l'autre parent, et en aval (dans le cadre du contentieux d'après-divorce ou du contentieux opposant les parents naturels). Quelle est leur réaction face à l'uniformisation des décisions de divorce ? La loi du 8 janvier 1993 a-t-elle entraîné un changement des mentalités et des pratiques ? Que signifie pour eux l'idée de coparentalité ?

Les entretiens ont également porté sur l'audition de l'enfant. En effet, de nombreux Barreaux, notamment ceux de Lyon et de Nanterre ont oeuvré dans le sens d'une meilleure prise en compte des sentiments de l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale.

L'accompagnement de l'enfant lors de son audition par le juge aux affaires familiales permet à l'avocat d'enfant d'intervenir dans la procédure, tout en limitant son rôle.

- Des *travailleurs sociaux et des personnes qualifiées chargées des mesures d'expertise ou de médiation* ont été interrogés sur leurs pratiques depuis la loi du 8 janvier 1993. Ont-ils le sentiment d'une évolution des mentalités depuis la loi du 8 janvier 1993 ? Que signifie pour eux le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents ? A travers les nouvelles modalités d'exercice de l'autorité parentale, les travailleurs sociaux mesurent les difficultés que peut rencontrer l'enfant pour se situer dans un système organisé, le plus souvent, selon les désirs des adultes, sans toujours prendre en compte l'intérêt de l'enfant.

2-Analyse des dossiers

Les grilles qui avaient été élaborées pour la précédente enquête ont été reprises dans leur structure afin de faciliter les comparaisons, tout en étant adaptées aux modifications intervenues en 1993.

- Dans la famille légitime

En ce qui concerne le *prononcé du divorce*, la grille d'analyse a notamment tenu compte des éléments suivants: cause de divorce, âge des parents, durée du mariage, âge et nombre des enfants, catégories socio-professionnelles, lieu de résidence, vœux de chacun des parents, accords passés entre les époux, solution retenue, modalités d'aménagement (résidence, droits de visite et d'hébergement, autres aménagements), mesures d'accompagnement éventuelles.

Depuis la loi du 8 janvier 1993, le *contentieux post-divorce* est regroupé entre les mains du JAF. Il convenait de distinguer deux hypothèses. Dans certains cas, le conflit ne remet pas en cause le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale: ont été notamment relevés la cause originelle du divorce, la durée d'application des mesures prises lors de son prononcé, l'existence d'un contentieux antérieur, la situation du demandeur (est-ce le parent auprès duquel la résidence de l'enfant a été fixée ?), l'âge et le nombre des enfants lors du jugement initial et de la demande modificative, l'objet du conflit, la réaction de l'autre parent, la solution retenue, la motivation de la décision, la participation directe ou indirecte de l'enfant au conflit.

Dans d'autres cas, le conflit remet en cause le principe même de l'exercice en commun de l'autorité parentale: ont été analysés en particulier la cause originelle du divorce, la durée d'application des mesures prises lors de son prononcé, l'origine de l'exercice en commun de l'autorité parentale (avant 1993 accord des parents ou décision du juge ?), l'existence d'un contentieux antérieur, la situation du demandeur (est-ce le parent auprès duquel la résidence de l'enfant a été fixée ?), l'âge et le nombre des enfants lors du jugement initial et de la demande modificative, la motivation de la demande de changement, la réaction de l'autre parent, la

solution retenue, la motivation de la décision, la participation directe ou indirecte de l'enfant au conflit.

- Dans la famille naturelle

Les actes de communauté de vie délivrés par le JAF (cf. art. 374-1 c. civ. nouveau) sont censés servir de preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale pour les parents qui ont reconnu l'enfant dans l'année de sa naissance et qui vivaient ensemble lors de la seconde reconnaissance. Ont été recueillis les éléments requis du demandeur, les éléments de preuve exigés, les démarches éventuellement effectuées auprès de l'autre parent, les motifs de refus, les contestations éventuelles.

Il convenait également d'étudier le contentieux éventuellement suscité par ces actes, mêmes si en principe leur délivrance comme le refus de les délivrer n'est susceptible d'aucun recours (cf. art. 372-1 C. civ.).

Les déclarations conjointes devant le JAF (devant le juge des tutelles jusqu'au 1^{er} février 1994, puis devant le greffier en chef du tribunal de grande instance) ont été maintenues par la loi du 8 janvier 1993 pour les hypothèses où les conditions d'un exercice automatique ne seraient pas réunies (art. 374 c. civ.). Ces déclarations méritaient d'être étudiées avec attention car il est possible que certains parents y procèdent alors même qu'ils remplissent les conditions de l'article 372 al. 2, soit par ignorance, soit pour faciliter la preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Ont été recueillis en particulier : l'âge des parents, leur catégorie socio-professionnelle, leur résidence, leur situation matrimoniale éventuelle, les éléments permettant d'induire une résidence commune ou séparée (cf. les domiciles), l'âge de l'enfant, la date de la reconnaissance par chacun des parents et, en marge de la déclaration, les aménagements éventuels de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Les demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale auprès du JAF, restent également inscrites à l'article 374 al. C. civ. Ont notamment été relevés et recueillis l'âge des parents, leur catégorie socio-professionnelle, leur résidence et leur situation matrimoniale, l'âge et le nombre des enfants, leur date de reconnaissance, l'existence d'un contentieux antérieur, l'existence d'un exercice en commun antérieur, les mesures d'accompagnement, la solution retenue avec ses aménagements, la motivation de la décision.

En ce qui concerne enfin le *contentieux entre parents naturels*, il convenait de distinguer les deux types de contentieux évoqués *supra*. Une attention toute particulière a été portée sur l'origine de l'exercice en commun de l'autorité parentale : déclaration conjointe, décision du JAF, exercice en commun automatique sur le fondement de l'article 372 c. civ. ?

B- Domaine des recherches

Afin de disposer de termes de comparaisons, cette enquête sera effectuée sur les mêmes sites que la précédente : Lyon et Nanterre.

En ce qui concerne l'analyse des dossiers, l'enquête a porté sur les décisions rendues en 1994 et 1995, soit deux ans d'application de la loi de 1993. Comme pour la précédente enquête ont été analysés dans chaque juridiction les 75 premiers dossiers de 1994 et 1995 traitant des décisions rendues dans le cadre des jugements de divorce, les 75 premiers dossiers de 1994 et 1995 issus du contentieux post-divorce, les 75 premiers dossiers de 1994 et 1995 issus du contentieux relatif à l'enfant naturel, tous les dossiers de déclarations conjointes et toutes les demandes d'actes de communauté de vie.

Au total, et compte tenu du faible nombre de tel ou tel type de dossiers (cf. *infra*), 1493 dossiers ont été analysés.

Section 3 : Présentation des principaux résultats de la recherche

Même si l'exercice en commun est la règle dans la famille légitime comme dans la famille naturelle, il convient de conserver la distinction entre ces deux situations pour mieux apprécier les évolutions et les constantes révélées par l'enquête.

Sous-section 1 : Les relations entre parents et enfants en cas de divorce

Si l'on compare les résultats de la présente enquête avec ceux de l'enquête réalisée au lendemain de la loi du 22 juillet 1987, on constate par delà l'évolution des textes, une grande permanence des pratiques judiciaires, qu'il s'agisse des modalités d'exercice de l'autorité parentale, de ses aménagements et du faible contentieux engendré par l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Par. 1 : L'organisation des relations entre l'enfant et ses parents lors de la décision de divorce

Dans la rédaction que lui a donnée la loi du 8 janvier 1993, l'article 287 du code civil dispose :

« L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ».

En pratique, il apparaît que l'exercice en commun de l'autorité parentale est bien le principe et l'exercice unilatéral l'exception. Cette évolution avait déjà été constatée au lendemain de la loi du 22 juillet 1987. La loi du 8 janvier 1993 l'a encore accentuée.

A. La règle : l'exercice en commun de l'autorité parentale

Sur les 300 décisions étudiées, 275 retiennent un exercice en commun de l'autorité parentale, soit 91,6%. Cette modalité d'exercice de l'autorité parentale s'impose quels que soient le type de divorce et l'âge des enfants. Déjà généralisée au stade des mesures provisoires, elle correspond à une demande massive des parents.

1- Exercice en commun de l'autorité parentale et type de divorce

L'exercice en commun de l'autorité parentale a été retenu dans tous les divorces sur requête conjointe et dans tous les divorces sur demande acceptée, à deux exceptions près. Encore faut-il préciser que les circonstances de ces deux dossiers étaient assez particulières : dans le premier cas (un divorce sur requête conjointe) les parents avaient inscrit un exercice unilatéral de l'autorité parentale dans leur convention définitive; dans le second, (un divorce sur demande acceptée), le juge décide d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale en raison de l'éloignement des parents.

Mais l'exercice en commun de l'autorité parentale s'impose également dans les divorces pour faute : 117 exercices en commun pour 140 divorces pour faute (soit 84,28 %). Même dans un divorce aussi conflictuel que le divorce pour rupture de la vie commune, un exercice en commun de l'autorité parentale a été ordonné dans un des deux dossiers étudiés.

2- Exercice en commun de l'autorité parentale et âge des enfants

L'exercice en commun de l'autorité parentale vaut pour les jeunes enfants comme pour les enfants plus âgés : les pourcentages oscillent entre 91,94% pour les enfants de 11 à 15 ans), et 90,62% (pour les enfants de moins de 6 ans).

3- Exercice en commun et demande des parents

L'immense majorité des parents forment une demande d'exercice en commun de l'autorité parentale: 458 sur les 508 demandes connues. On constate que les décisions d'exercice en commun de l'autorité parentale sont légèrement plus nombreuses que les demandes (90,16% des demandes, 91,6% des décisions): dans quelques cas, le juge a donc imposé un exercice en commun ; à moins que les parents ne soient parvenus à un accord sur ce point.

Il convient surtout de remarquer que 50 demandes d'exercice unilatéral de l'autorité parentale ont été formulées, mais que le juge n'a retenu cette solution que dans 25 cas. Or, si l'on observe l'attitude de l'autre parent, on constate que bien souvent il ne réagit pas. On en déduit qu'il y a effectivement moins d'exercice unilatéral ordonné que d'exercice unilatéral demandé.

Quant aux hypothèses où le conflit se manifeste par des demandes opposées des parents, l'un demandant un exercice en commun, l'autre un exercice unilatéral, il apparaît que le juge tranche le plus souvent en faveur d'un exercice en commun (8 cas sur 12). Il n'existe en tout cas aucun dossier dans lequel le juge aurait décidé d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale malgré une demande des parents en faveur d'un exercice en commun.

Au demeurant, le nombre des conflits sur le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale est extrêmement réduit. Ainsi, 89,90% des demandes des pères sont en faveur d'un exercice en commun. Que si 74,4% « seulement » des mères formulent une telle demande, il convient d'observer que nombre des 38 demandes d'exercice unilatéral formées par les mères (contre 10 par les pères, cf. *infra*), ne se heurtent à aucune réaction des pères : l'exercice unilatéral apparaît ainsi comme la seule solution envisageable. Et l'on a souligné *supra* qu'en cas de conflit le juge tranche le plus souvent en faveur de l'exercice en commun.

Pour les parents comme pour le juge, l'exercice en commun est donc bien la règle. Au cours des entretiens réalisés, les magistrats comme les avocats ont d'ailleurs déclaré qu'ils tentaient d'amener les parents à cette solution et il n'est pas rare qu'en cours de procédure les parties reviennent sur leurs demandes initiales et s'accordent sur un exercice en commun.

L'analyse des demandes confirme donc le triomphe de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

4- Exercice en commun de l'autorité parentale et mesures provisoires

L'exercice en commun de l'autorité parentale est présent dans 89,60% des dossiers. Les chiffres sont là encore sans équivoque. On observe au demeurant une légère augmentation du pourcentage d'exercice en commun entre les mesures provisoires et la décision de divorce : on

passé de 89,60% à 91,60%. L'augmentation est faible, mais elle prouve que l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est pas pathogène et que les parents en ont fait une expérience apparemment satisfaisante pendant la procédure de divorce.

De plus, si l'on examine les 9 dossiers dans lesquels on passe d'un exercice unilatéral à un exercice en commun, on constate que dans 6 cas le juge entérine un accord des parents intervenu en cours de procédure. Dans les trois autres cas, le juge estime qu'un exercice en commun n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant et l'ordonne malgré l'opposition de l'un des parents.

Quant aux hypothèses dans lesquelles l'un des parents demande à passer d'un exercice en commun décidé lors des mesures provisoires à un exercice unilatéral (12 dossiers), il apparaît que dans les plupart des cas la demande émane du parent chez qui la résidence de l'enfant avait été fixée ; dans 3 cas la motivation en est connue : la violence ou la défaillance de l'autre parent.

B. L'exception : l'exercice unilatéral de l'autorité parentale

Au vu des dossiers de Lyon et de Nanterre, l'exercice unilatéral de l'autorité parentale paraît exceptionnel d'un double point de vue : par le nombre d'une part, par les circonstances dans lesquelles il est ordonné d'autre part.

1- Rareté de l'exercice en commun de l'autorité parentale

26 décisions seulement sur les 300 étudiées mettent en place un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Il s'agit le plus souvent de divorces pour faute (23 dossiers sur 26), ce qui n'a évidemment rien de surprenant. On rappellera cependant que l'exercice unilatéral est minoritaire même dans ce type de divorce (cf. *supra*).

- Les demandes d'exercice unilatérales sont elles-mêmes assez rares : 50 demandes seulement, soit 9,84% des demandes connues. Le plus souvent, ces demandes émanent des mères (38 sur 50). On relève seulement 10 demandes des pères et 1 demande conjointe.

Ces derniers chiffres appellent plusieurs observations. Tout d'abord, le nombre de dossiers dans lesquels l'autre parent ne réagit pas est relativement important : 18 parents ne demandent rien sur ce point ou ne constituent même pas avocat. Ensuite, l'existence d'une seule demande conjointe ne signifie pas qu'il s'agit là de la seule hypothèse d'accord : dans certains cas, l'absence de réaction peut être le signe d'une entente tacite des parents sur ce point. En fait, il n'y a vraiment conflit, au sens de deux demandes concurrentes, que dans 14 cas. Dans douze d'entre eux, le juge devait trancher entre une demande d'exercice en commun et une demande d'exercice unilatéral : dans 8 dossiers sur 12 il s'est prononcé en faveur d'un exercice en commun. De ce point de vue, l'exercice unilatéral apparaît encore une fois comme minoritaire.

Enfin, on observera que la réaction la plus fréquente à une demande d'exercice unilatéral est le maintien du *statu quo* (par conséquent, le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale).

Non seulement, les situations conflictuelles sont donc relativement rares (ce qui ne veut évidemment pas dire que la situation ne soit pas difficile pour les intéressés), mais encore, l'exercice unilatéral apparaît dans nombre de dossiers, comme la seule solution envisageable et envisagée.

- Si l'on compare mesures provisoires et prononcé du divorce, on constate une diminution du nombre d'exercice unilatéral : les chiffres tombent de 31 à 26. D'après les personnes interrogées, il arrive parfois que les parents, encouragés par le juge et par leurs conseils, et éventuellement aidés par une mesure d'accompagnement, adhèrent à un exercice en commun.

- Dans 25 dossiers l'exercice unilatéral est confié à la mère, dans un cas seulement au père. Mais là encore, ce chiffre mérite quelques précisions. On observe tout d'abord que dans quatre dossiers, les parents sont d'accord pour que la mère prenne en charge les enfants. De plus, dans 17 cas, le père ne réagit pas à la demande de la mère (il ne demande rien sur ce point ou ne constitue pas avocat). Il n'y a donc conflit que dans quatre cas. Il ne faut donc pas croire que le juge « tranche » toujours entre plusieurs modalités possibles d'exercice de l'autorité parentale: comme on l'a dit, l'exercice unilatéral est bien souvent la seule solution envisageable et envisagée. Il serait donc injuste de se contenter d'accuser les juges de sexisme.

Enfin, si l'on observe les quatre dossiers contentieux, on constate que les circonstances étaient particulièrement délicates. Dans deux cas, le juge ne fait que suivre les conclusions de l'enquête sociale; dans le troisième, il invoque la violence du père; dans le quatrième, sa décision s'explique par l'éloignement du père qui réside en Thaïlande.

De ces différents points de vue, l'exercice unilatéral apparaît donc comme l'exception. L'examen des circonstances dans lesquelles l'exercice unilatéral est ordonné conduit à la même conclusion.

2- Particularité des circonstances dans lesquelles est ordonné un exercice unilatéral de l'autorité parentale

L'exercice unilatéral de l'autorité parentale est adopté dans cinq types d'hypothèses.

- Le plus souvent l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est ordonné non pas en raison du conflit qui oppose les parents, mais en raison de la défaillance de l'un d'eux. Certains père ne constituent même pas avocat (il en va de même de la mère dans le dossier où l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est confiée au père). Il arrive souvent que l'un des parents ne se soit pas manifesté depuis longtemps, notamment qu'il n'ait pas exercé le droit de visite qui lui

avait été conféré par l'ordonnance de non conciliation. Quelques dossiers contiennent même un procès verbal de recherche infructueuse.

Dans une telle hypothèse l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est la seule solution possible.

- L'exercice unilatéral est également ordonné en cas de conflit vif entre les parents. Mais cette hypothèse est statistiquement très rare même si les dossiers concernés sont particulièrement « lourds ». Au demeurant, les magistrats interrogés font remarquer que la solution retenue lors du divorce n'évite pas que les conflits renaissent par la suite.

- Le juge retient également l'exercice unilatéral de l'autorité parentale lorsqu'il estime qu'un partage de l'exercice de l'autorité parentale pourrait constituer un danger pour l'enfant : risque de remise en cause de l'équilibre psychologique de l'enfant déjà très perturbé par la violence du père, risque de déplacement de l'enfant à l'étranger, relations très difficiles entre l'enfant et l'un de ses parents.

- Il est également des hypothèses dans lesquelles il paraît impossible de mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale, au yeux du juge ou aux yeux des parents ou de l'un d'eux. Le problème se pose notamment lorsque les parents ont des résidences éloignées. Les solutions sont cependant très variables selon les espèces. En ce sens, la distance n'est bien souvent qu'un prétexte, ou une circonstance aggravante rendant impossible l'exercice en commun de l'autorité parentale.

- Enfin, il est des cas où les parents sont d'accord pour que soit mis en place un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Les juges disent alors tenter d'amener les parents à adopter un exercice en commun, mais ne pas l'imposer contre la volonté des père et mère.

L'option du législateur du 8 janvier 1993 est donc bien passée dans la pratique judiciaire. Reste à étudier comment, à l'intérieur de l'exercice en commun, sont aménagées les relations entre l'enfant et ses deux parents.

Par. 2: L'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale après-divorce

L'aménagement des relations entre l'enfant et ses parents exerçant en commun l'autorité parentale n'apparaît guère dans la loi. L'article 287 c. civ. nouveau envisage seulement la question de la résidence habituelle de l'enfant. Perpétuant les pratiques antérieures (cf. *Rapport préc.*), les juges fixent cependant dans leur décision le droit de visite et d'hébergement de « l'autre » parent.

Qu'il s'agisse de la résidence ou du droit de visite et d'hébergement, les résultats de l'enquête révèlent clairement la permanence des schémas anciens, ce qui conduit à s'interroger sur la réalité du maintien des relations entre l'enfant et ses père et mère.

A. Le choix de la résidence habituelle de l'enfant

Selon les nouveaux textes, ce choix appartient *a priori* aux père et mère. Le juge n'intervient qu'en cas de désaccord des parents ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant.

A première vue, les chiffres paraissent sans ambiguïté : dans 86,3% des cas, la résidence habituelle est fixée chez la mère, contre 11,7% chez le père. Ces chiffres sont évidemment à rapprocher de la précédente enquête réalisée au lendemain de la loi Malhuret : 84,6% de résidence habituelle chez la mère, 13,5% chez le père. Surtout, il convient de rappeler les fameux 85% de garde à la mère si souvent invoqués naguère. On ne constate donc pas de changement significatif: après-divorce, l'enfant est presque toujours pris en charge par sa mère.

En réalité, les choses sont assurément plus complexes, comme le montre notamment une étude attentive des demandes des parents, des situations de conflit, du choix de la résidence par rapport à l'âge des enfants et des modalités particulières d'organisation des relations entre parents et enfants.

1- Résidence habituelle et demande des parents

Il apparaît que si la demande des mères est massive, celle des pères est plus que faible. De fait, 85 % des mères demandent à ce que la résidence habituelle de l'enfant soit fixée chez elles. Face à cette revendication l'attitude des pères est loin d'être hostile. Dans 66,8% des cas, les pères demandent également que la résidence soit fixée chez la mère. Il y a donc un très large accord entre les parents sur les questions de résidence. De plus, dans les espèces où l'accord n'apparaît directement, il n'y a pas toujours conflit : il peut y avoir accord tacite (l'autre parent ne fait pas de demande sur ce point), à moins que l'accord ne se réalise en cours de procédure ; sans parler des hypothèses dans lesquelles le père ne constitue pas avocat. Finalement, seuls 15,7% des pères demandent que la résidence habituelle de l'enfant soit fixée auprès d'eux (15,2% dans la précédente enquête) ; 1,1% sollicitent une résidence alternée. Non seulement les pères sont donc rares à demander la résidence habituelle, mais encore il n'existe qu'un tout petit nombre de dossiers conflictuels (d'autant que dans certains cas la mère elle même demande à ce que la résidence habituelle de l'enfant soit fixée chez le père).

Il convient donc de se garder d'une vision manichéenne du divorce, le juge donnant systématiquement « l'avantage » à la mère. En revanche, il conviendrait de s'interroger sur les raisons du faible nombre de demandes des pères...

2- Résidence habituelle et âge des enfants

Aucun des 86 enfants de moins de six ans n'est confié à son père (l'unique enfant de cette tranche d'âge à ne pas avoir sa résidence habituelle chez sa mère, est confié à un tiers). 10 des 167 enfants ayant de 6 à 10 sont confiés à leur père, 27 des 132 enfants de 11 à 15 ans, 16 des 64 enfants de plus de 15 ans. Plus l'enfant est grand, plus il est (relativement) souvent confié à son père.

Ces chiffres rejoignent ceux des demandes formulées par les parents. Très rares sont en effet les pères qui demandent que leurs enfants de moins de 6 ans résident habituellement auprès d'eux. Ils sont proportionnellement plus nombreux lorsque les enfants ont entre 11 et 15 ans (27) et au delà (13).

De nouveau, il conviendrait donc moins de s'interroger sur l'attitude des juges que sur celle des pères (même si l'attitude de ces derniers peut être partiellement conditionnée par la prétendue hostilité des premiers). Il serait également intéressant de s'interroger sur l'impact de la volonté exprimée par l'enfant sur les demandes des parents et sur la décision du juge.

3- Attribution de la résidence habituelle en cas de conflit

Il convient de distinguer deux types de conflits. Dans certains cas, les deux parents demandent que la résidence habituelle de l'enfant leur soit attribuée. Dans d'autres, l'un des parents demande l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, l'autre un exercice conjoint ou un exercice unilatéral, le juge se prononçant en faveur d'un exercice en commun avec résidence habituelle chez l'un des parents.

- Les conflits portant uniquement sur la résidence sont extrêmement rares: ils concernent 12 dossiers seulement. Dans 7 d'entre eux, le juge fixe la résidence habituelle de l'enfant chez la mère, dans cinq chez le père. Tout dépend alors des circonstances de la cause.

- Les conflits mêlant résidence et modalités d'exercice de l'autorité parentale sont également très rares: ils n'apparaissent que dans 4 dossiers. Deux d'entre eux présentent les mêmes traits : la mère demande un exercice unilatéral de l'autorité parentale, le père un exercice en commun avec résidence habituelle chez lui. Dans les deux cas, le juge, après enquête sociale ou expertise, se prononce en faveur d'un exercice unilatéral au profit de la mère. La solution est la même dans les deux autres dossiers, en raison du conflit exacerbé entre les parents (le père résidant par ailleurs en Thaïlande) et de la violence du père.

4- Modalités particulières d'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Les dossiers dans lesquels se pose le problème de la garde alternée sont extrêmement rares : 3 dossiers sur les 300 étudiés, concernant 5 enfants sur 454.

Dans deux dossiers, les parents divorçant sur requête conjointe demandaient la confirmation des mesures provisoires qui avaient organisé un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence alternée par semaine dans un cas, par semestre dans l'autre.

Dans la troisième espèce, les parents divorçant là encore sur requête conjointe, avaient opté lors des mesures provisoires pour une alternance sur une plus longue période : le fils résidait six mois chez sa mère, six mois chez son père; la fille faisait de même, en alternance avec son frère. Les parents demandent la confirmation de ce système, et l'obtiennent.

Il n'est pas question de relancer ici la polémique sur la résidence alternée. On dira seulement qu'en pratique les magistrats interrogés ne sont pas hostiles par principe à un tel système dès lors qu'il est demandé par les deux parents et qu'il paraît conforme à l'intérêt de l'enfant. Pour éviter tout risque, les avocats disent cependant conseiller aux parents de « déguiser » leur demande de résidence alternée en résidence habituelle chez l'un assortie d'un droit de visite libre ou si large qu'il y a en réalité partage de l'hébergement : à eux de s'entendre par la suite pour faire fonctionner le système.

B. L'organisation des relations personnelles entre l'enfant et ses parents

En général, les juges ne statuent que sur le droit de visite et d'hébergement. Mais il arrive qu'ils interviennent, à la demande des parents, sur d'autres points.

1-Le droit de visite et d'hébergement

Comme on l'a dit, l'organisation d'un droit visite et d'hébergement n'est pas expressément prévu par les textes, mais selon une pratique judiciaire constante, la décision de divorce en fixe presque systématiquement le cadre, répondant ainsi à la demande des parents. Selon les avocats et le magistrats il est bon que les parents disposent ainsi d'un système de référence.

Le droit de visite et d'hébergement le plus fréquemment mis en place (69,4% des cas) est un droit de visite libre et à défaut de meilleur accord des parents, un weekend sur deux et la moitié des vacances scolaires (ce que l'on peut appeler le droit de visite « standard »). La formule est si souvent utilisée que, selon certains praticiens, nombre de parents seraient persuadés de son caractère juridiquement obligatoire.

Rares sont les hypothèses dans lesquelles le droit de visite et d'hébergement est totalement libre. Pourtant on aurait pu croire qu'avec l'exercice en commun de l'autorité parentale,

l'organisation des relations personnelles au sein de la famille désunie relèverait des négociations quotidiennes entre les père et mère. Un tel système n'est mis en place que dans 3,8% des cas, et pour de grands enfants : dans de telles hypothèses, on peut se demander si les modalités du droit de visite et d'hébergement ne dépendent pas moins de la volonté des parents que de celle des enfants concernés.

Dans quelques dossiers, le droit de visite et d'hébergement fait l'objet d'une réglementation particulière. Tel est le cas lorsque les parents souhaitent l'adapter au rythme de l'enfant, notamment à ses rythmes scolaires en fin de semaine. Mais il arrive aussi que les parents demandent au juge de fixer le début et la fin du droit de visite et d'hébergement de façon extrêmement précise, dans l'espoir d'éviter tout conflit ultérieur.

Plus délicates sont les hypothèses dans lesquelles le jugement de divorce ne prévoit qu'un droit de visite réduit : certes, cette organisation résulte parfois d'un accord des parents, mais il arrive plus souvent que le juge prenne une telle décision en raison du conflit qui oppose les parents ou de l'éloignement de l'un d'eux.

Enfin il est quelques dossiers dans lesquels aucun droit de visite n'est prévu. Les circonstances en sont très particulières: père en détention, mère alcoolique, enfant ayant presque dix-huit ans.

Il apparaît donc à nouveau que les pratiques anciennes se perpétuent, au moins en apparence, dans le cadre du nouveau système mis en place par la loi du 8 janvier 1993 : à une prise en charge quotidienne par la mère répondent des relations de week-end avec le père.

2- Aménagements particuliers

De tels aménagements sont rares, mais il peut arriver que le juge les prévoient dans sa décision, à la demande des parents ou de l'un d'eux, afin d'éviter des conflits ultérieurs.

- Le plus souvent, de tels aménagements concernent le droit de visite et d'hébergement. Certains parents demandent en particulier que soit prévue la prise en charge des frais de transport, que soit fixée l'organisation des vacances scolaires et leur financement, ou que soit inscrite dans le jugement l'obligation de prévenir l'autre parent de l'exercice du droit de visite et d'hébergement. Selon les magistrats interrogés, mieux vaut accéder à la demande des parents afin d'éviter que de petites choses qui risquent d'avoir un grand retentissement, n'entraînent une détérioration du climat de l'après-divorce.

Il arrive aussi que le jugement prévoit que le droit de visite et d'hébergement s'exercera en un lieu neutre ou qu'il sera assorti d'une interdiction du territoire.

- Plus rares encore sont les précisions relatives à l'éducation ou à la santé des enfants: on relève seulement une décision réglant à l'avance la question des bulletins scolaires, une

seconde un problème touchant à l'exercice de la religion, une troisième concernant l'attitude des grands parents maternels à l'égard de l'enfant.

La rareté de telles dispositions pourrait faire craindre que, par la suite, les parents ne soient contraints de recourir à l'arbitrage du juge ou ne remettent en cause le système d'exercice en commun de l'autorité parentale. En réalité, il n'en est rien.

Par. 3 : Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans l'après-divorce

Il existe deux types de contentieux. Dans certains cas, les parents ou l'un d'eux demandent que soit mis fin à l'exercice en commun de l'autorité parentale. Dans d'autres hypothèses, les parents ne remettent pas en cause ce système, mais s'adressent au juge pour que celui-ci tranche tel ou tel conflit relatif à la résidence habituelle, au droit de visite et d'hébergement ou à l'éducation.

Dans les deux cas, le contentieux est très rare.

A. La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale

20 dossiers seulement ont été repérés pour l'ensemble des années et des juridictions étudiées. A vrai dire, le volume exact de ce type de contentieux est difficile à apprécier car il faudrait estimer le nombre d'exercices en commun qui «fonctionnent» dans le ressort des tribunaux de grande instance de Lyon et de Nanterre pour pouvoir le comparer avec le nombre de dossiers dans lesquels l'un des parents, ou les deux, remettent en cause ce système. On peut cependant supposer que 20 dossiers ne constituent qu'une toute petite partie des exercices en commun existant dans les juridictions sous examen. De plus, si l'on se réfère à l'opinion des magistrats interrogés, il ne semble pas que le contentieux soit très important et, surtout qu'il ait augmenté de façon significative depuis que l'exercice en commun est devenu le principe. Enfin, certains magistrats font observer que le conflit naît souvent dans des dossiers qu'ils qualifient volontiers de « pathologiques » : ils paraissaient déjà en germe lors de décision de divorce, quelle que soit la solution adoptée à l'époque.

Les 20 dossiers relevés fournissent quelques données intéressantes, étant entendu que le faible nombre et la particularité des espèces étudiées interdit toute généralisation hâtive.

1- Les circonstances de la demande

Le contentieux naît le plus souvent après un divorce pour faute (8 dossiers sur 20). On serait tenté d'en déduire que la décision d'exercice en commun n'avait peut-être pas été vraiment

acceptée par les parents. Mais on relève 5 divorces sur requête conjointe et 2 divorces sur demandes acceptées : l'analyse doit donc être nuancée.

Dans la plupart des cas, le contentieux survient très vite, *i.e.* dans les deux ans qui suivent la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Certes le système d'exercice en commun n'a été légalement consacré que depuis peu, mais la rapidité avec laquelle survient le contentieux n'en est pas moins significative.

2- Demandes et réactions des parents

Contrairement à ce que l'on aurait pu penser, celui qui remet en cause le système n'est pas celui qui se sentirait « mis à l'écart », mais celui qui assume la charge quotidienne des enfants : 14 mères hébergeantes, contre 3 parents non hébergeants (2 pères et une mère). Leur demande intervient dans deux séries d'hypothèses.

Dans certains cas, le parent hébergeant a rencontré des difficultés dans la mise en oeuvre de l'exercice en commun de l'autorité parentale : conflits et désaccords avec l'autre rendent le système impraticable.

Mais le plus souvent est invoquée l'absence de l'autre parent qui ne s'occupe pas de l'enfant et n'assume pas ses obligations. On observe d'ailleurs que sur 17 dossiers, 6 ne contiennent aucune réaction du père ou de la mère. Dans un cas, le défendeur manifeste son accord. 6 parents demandent le *statu quo*. 3 forment une demande reconventionnelle.

Les hypothèses extrêmement conflictuelles voisinent donc avec les cas de désintérêt.

3- La décision du juge

Dans un grand nombre de cas, le juge accède à la demande de la mère et remet en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale compte tenu du désintérêt paternel ou de l'aggravation du conflit parental. Il en profite parfois pour remodeler (en général réduire) le droit de visite et d'hébergement.

Mais dans une proportion à peu près identique (8 dossiers sur 17), le juge refuse de mettre fin à l'exercice en commun de l'autorité parentale. Parfois, le juge invoque l'absence d'élément nouveau conduisant à remettre en cause le système en vigueur ; mais le plus souvent, il ne motive pas vraiment : l'exercice en commun est le principe, seul un passage à l'exercice unilatéral mériterait-il une motivation particulière ?

Il apparaît donc que non seulement les conflits sont rares mais encore que le juge n'accepte que difficilement de remettre en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale,

alors même que l'existence du conflit témoigne des difficultés rencontrées par les parents ou par l'un d'eux.

A ces différentes hypothèses, il faut ajouter quelques cas dans lesquels le juge décide d'une remise en cause de l'exercice en commun au terme d'une procédure dont l'objet est différent: réorganisation du droit de visite, ou, surtout, changement de résidence. Les circonstances de ces espèces sont cependant trop particulières pour que l'on tente d'en tirer des enseignements généraux.

B. Le contentieux du fonctionnement de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Là encore, il convient de distinguer deux types de conflits: certains portent sur l'aménagement de l'exercice en commun, d'autres sur les décisions à prendre en matière d'éducation.

1- Le réaménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Dans de telles hypothèses, les parents ne remettent pas en cause le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais demandent au juge aux affaires familiales d'en remodeler les modalités, résidence habituelle et droit de visite et d'hébergement.

199 demandes en ce sens ont été recensées à Lyon et à Nanterre. Dans la plupart des cas, la résidence avait été fixée chez la mère lors du divorce: 76,26% contre 19,7%. *A priori* cette donnée n'a rien de surprenant puisque la résidence habituelle de l'enfant est presque toujours fixée chez la mère. Mais on observera que les proportions ne correspondent pas vraiment: 86,30% de résidence chez la mère et 11,7% chez le père lors du divorce, 76,26% de résidence chez la mère et 19,7% de résidence chez le père dans les dossiers de remise en cause: le contentieux est proportionnellement plus important lorsque la résidence de l'enfant a été confiée au père que lorsqu'elle l'a été à la mère.

a) le contentieux relatif à la résidence habituelle

Le changement de résidence habituelle est demandé dans 120 dossiers. Une grande partie des demandes viennent du père (50 dossiers), ce qui est logique puisqu'en général la résidence est fixée chez la mère. 31 mères non hébergeantes forment une demande identique, ce qui est proportionnellement très important compte tenu du petit nombre de cas dans lesquels l'enfant ne lui est pas confié lors du divorce.

A l'inverse, un autre élément mérite d'être souligné: 15 mères hébergeantes demandent que la résidence soit désormais fixée chez le père. Il s'agit de dossiers dans lesquels les enfants

sont déjà grands ou dans lesquels la situation de fait est déjà établie en ce sens. On relève également 16 demandes conjointes.

La majorité de ces demandes sont satisfaites. En particulier, presque toutes les demandes de résidence habituelle formées par le père sont accueillies favorablement: sur 77 demandes formées en ce sens, 64 sont accordées et 5 aboutissent à un exercice unilatéral de l'autorité parentale par le père, soit un taux de succès de 89,61%. A l'inverse, la mère n'obtient le changement de résidence à son profit que dans 12 cas sur 36 pour lesquels l'objet de la demande est la résidence chez la mère. Le prétendu sexisme des juges mérite donc être pour le moins remis en cause.

Pourquoi de telles différences ? Il convient tout d'abord de souligner que lorsque la demande de changement de résidence est formée par le père, celle-ci recueille assez souvent l'assentiment de la mère. Il n'y a conflit qui perdure jusqu'à la décision finale que dans 21 dossiers. Dans ce cas, le juge se prononce plutôt en faveur du *statu quo*.

b) le contentieux relatif au droit de visite et d'hébergement

Dans 137 dossiers les parents sollicitent une réorganisation du droit de visite et d'hébergement, mais cette question ne constitue l'objet principal de leur demande (*i.e.* sans lien avec un changement de résidence) que dans 73 cas.

Trois séries de causes sont à l'origine de ces demandes. Dans certains cas, les parents souhaitent plus de précision dans l'organisation de leurs droits. Dans d'autres, il demandent au juge de nouveaux aménagements pour tenir compte de l'évolution de la situation professionnelle de l'un d'eux ou de son changement de résidence. On relève également un certain nombre de dossiers dans lesquels la remise en cause de la décision de divorce est justifiée par le désintérêt du parent titulaire du droit de visite et d'hébergement qui n'exerce pas ses droits ou les exerce très irrégulièrement.

La détermination d'un cadre très précis pour l'exercice du droit de visite semble sécuriser de nombreux parents. Les demandes tendant en premier lieu à l'augmentation du droit de visite. Toutefois, de nombreuses mères hébergeantes sollicitent une diminution du droit de visite du père en invoquant son désintérêt. Il faut remarquer la fréquence des demandes émanant des mères non hébergeantes (28,77 %) proportionnellement au faible nombre de mères à qui la résidence de l'enfant n'a pas été attribuée lors du divorce. De manière générale, elles sont très présentes dans le contentieux de l'après-divorce, l'objet de leur demande étant la résidence de l'enfant ou le droit de visite.

2- Le contentieux relatif à l'éducation de l'enfant

On ne relève aucune affaire portant sur le fonctionnement même de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Les parents étant censés prendre ensemble toutes les décisions relatives à l'éducation, au sens large, de l'enfant, on aurait pu penser que des conflits les opposent et qu'ils recourent en conséquence au juge, conformément à la procédure mise en place à l'article 372-1 C. civ.

L'absence de tout contentieux peut faire l'objet de deux interprétations, qui ne sont d'ailleurs pas contradictoires. Les « optimistes » y verront le signe du bon fonctionnement du système: loin d'être « pathogène », l'exercice en commun, parce qu'il associe les deux parents, évite les contentieux qui naissent bien souvent du sentiment d'exclusion ressenti par un des parents. A l'inverse les pessimistes se demanderont si cette absence de contentieux ne prouve pas que l'exercice en commun n'est qu'une coquille vide : un des parents assume au quotidien la charge des enfants et prend les décisions, l'autre, soit résignation, soit désintérêt, laisse faire...

Sous-section 2 : Les relations entre l'enfant et ses parents naturels

La loi du 8 janvier 1993 a étendu le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale aux familles naturelles. Il l'a cependant soumis à deux conditions cumulatives: selon l'article 372 al. 2 C. civ., l'autorité parentale est exercée en commun « si les parents d'un enfant naturel, l'ayant tous deux reconnu avant qu'il ait atteint l'âge d'un an, vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance ». De plus, les dispositions transitoires de la loi (art. 46), généreusement interprétées par la circulaire du 3 mars 1993, ont étendu les bienfaits de l'article 372 al. 2 nouveau aux parents naturels ayant reconnu leur enfant dans l'année de sa naissance et vivant en commun au jour de l'entrée en vigueur de la loi.

L'introduction d'un exercice en commun de plein droit dans la famille naturelle posait cependant un problème de preuve. La double reconnaissance dans l'année de la naissance s'établit par l'acte de naissance. Mais comment prouver la vie commune à la date de la seconde ou de la reconnaissance concomitante ? Pour résoudre la difficulté, le législateur a créé, à l'article 372-1 l'acte de vie commune délivré par le juge aux affaires familiales : « Il est justifié de la communauté de vie entre les père et mère au moment de la reconnaissance de leur enfant, par un acte délivré par le juge aux affaires familiales établi au vu des éléments apportés par le demandeur ». Il est précisé que « ni l'acte ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours » (art. 372-1 al. 2).

A côté des hypothèses d'exercice en commun de plein droit, le législateur a maintenu les règles antérieures. L'article 374 al. 2 prévoit ainsi que lorsque les conditions de l'article 372 ne sont pas réunies, l'autorité parentale est exercée par la mère. Les parents disposent cependant de deux procédures pour passer de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à l'exercice en commun. D'une part, les deux parents peuvent faire une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance (la loi du 8 janvier 1993 avait donné cette compétence jusque là détenue par le juge des tutelles, au juge aux affaires matrimoniales ; la loi du 8 février 1995 l'a transmise au greffier en chef du TGI). D'autre part, la mère ou le ministère public peuvent s'adresser au juge aux affaires familiales pour que celui-ci décide de modifier l'exercice de l'autorité parentale et, notamment, mette en place un exercice en commun.

Dans l'esprit du législateur, ces trois séries de règles étaient coordonnées afin d'assurer l'exercice en commun dans la famille naturelle. L'enquête réalisée montre que le schéma légal a été quelque peu brouillé. Il est vrai que les règles relatives à l'exercice en commun de plein droit manquent de cohérence. Comme on pouvait s'y attendre en revanche, la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale a entraîné une augmentation certaine du contentieux dans la famille naturelle.

Par. 1. L'exercice en commun de l'autorité parentale et l'acte de communauté de vie.

L'acte de communauté de vie (art. 372-1 c. civ.) est destiné à faire preuve de la vie commune des parents lors de la seconde reconnaissance ou des reconnaissances concomitantes. Le système mis en place a été critiqué par la plupart des commentateurs de la loi du 8 janvier 1993. En pratique, l'acte de communauté de vie n'a guère posé de problème... car son échec est presque complet. Il apparaît en effet que, délaissant le système imaginé en 1993, les parents ont recours aux procédures destinées à mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale (déclaration conjointe, requête auprès du JAF), pour obtenir une preuve satisfaisante de ce qu'ils ont déjà.

A- L'échec de l'acte de communauté de vie

1- Le constat d'échec

Les chiffres sont clairs : 37 actes de vie commune ont été délivrés à Lyon et à Nanterre en 1994 et 1995. Et l'on note une diminution sensible sur les deux sites entre 1994 et 1995 : 25 actes délivrés en 1994, 12 en 1995 !

Pour mieux apprécier ces chiffres, il convient d'analyser le contexte de la demande et la personne du demandeur.

a) Le contexte de la demande

On pourrait penser que le peu de succès de l'acte de communauté de vie tient à la jeunesse de la loi et que les parents n'éprouvent pas le besoin d'en demander la délivrance parce qu'ils ne sont pas séparés et vivent donc sans problème l'exercice en commun de l'autorité parentale. Les chiffres conduisent à nuancer pour le moins une telle analyse: dans 28 cas sur 37, les parents vivent encore ensemble lors de la demande d'acte. De fait, le problème de preuve se pose à l'égard des tiers pendant le vie commune comme après la séparation. On constate par ailleurs que sur 40 enfants concernés, 27 ont moins de 2 ans et que la plupart ont été reconnus simultanément par leurs deux parents avant (20) ou quelques temps après (17) la naissance.

L'acte de vie commune est donc surtout demandé par des familles unies, pour des enfants en bas âge.

b) les parents concernés

- *Le demandeur* est le plus souvent le père: on relève 22 demandes paternelles et 12 demandes conjointes. L'acte n'est demandé par la mère que dans deux cas. Ces données n'ont rien de surprenant : ce sont les pères qui ont besoin de prouver aux tiers qu'ils exercent l'autorité parentale avec la mère, car il est probable que les tiers restent spontanément attachés à l'idée que l'autorité parentale dans la famille naturelle est exercée par la mère (cf. d'ailleurs l'article 374 al. 2 c. civ.).

Selon les magistrats, une autre motivation guide également les intéressés: la volonté « d'officialiser » leur situation. On comprend ainsi que leur démarche soit si souvent consensuelle. Cette situation limite d'ailleurs l'impact du principal inconvénient de l'acte de vie commune : l'absence d'information de l'autre parent.

- *L'autre parent* n'apparaît pas dans l'article 372-1 c. civ. Le texte dispose en effet que l'acte est délivré à la demande d'un des parents au vu des seuls éléments de preuve par lui apportés. En conséquence, non seulement l'autre parent n'est pas informé de l'existence de l'acte, mais encore il n'est pas invité, le cas échéant, à faire état d'éléments contraires. La situation risque d'être d'autant plus délicate que le législateur a exclu tout recours (art. 372-1 al. 2 c. civ.). En théorie, ces craintes étaient loin d'être infondées, mais en pratique, le peu de succès de l'acte de communauté de vie, les circonstances dans lesquelles il est demandé, et les pratiques judiciaires qu'il a suscitées, ont écarté à peu près tout danger.

D'une part en effet, la majorité des demandes interviennent dans le cadre d'une famille naturelle unie (28 actes sur 37) : le risque de manoeuvre en est considérablement réduit. De plus, dans 9 cas la demande est formée par les deux parents et dans 11 cas, elle recueille l'assentiment de l'autre parent.

D'autre part, dans les hypothèses où il n'y a plus de vie commune et où l'autre parent ne manifeste pas son accord, il semble que les juges cherchent sinon à recueillir l'assentiment de ce dernier, du moins à assurer son information et à vérifier ainsi la réalité de la vie commune que l'acte est destiné à établir. De telles pratiques sont certes en marge des textes, mais elles sont tout à fait opportunes dès lors que l'acte permet au parent qui ne vit pas avec l'enfant de faire preuve de ses pouvoirs.

2- Les causes de l'échec

Il semble que l'échec de l'acte de communauté de vie soit essentiellement imputable à l'objet même de l'acte. Il ne correspond pas en effet aux attentes des parents, ce, d'un double point de vue.

- L'acte de vie commune a pour objet de constater l'existence de la vie commune lors de la seconde reconnaissance ou des reconnaissances concomitantes. Joint à l'acte de naissance qui établit la double reconnaissance dans l'année de la naissance, il permet de faire la preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale par application de l'article 372 al. 2 c. civ.

En lui-même, il ne suffit donc pas à faire la preuve de l'exercice en commun: il faut y joindre l'acte de naissance (et sans doute aussi le texte de l'article 372 c. civ.) pour que les tiers, plus ou moins bien informés des dispositions légales, soient assurés que les parents exercent en commun l'autorité parentale. On imagine les difficultés auxquelles risquent de se heurter les intéressés vis à vis des tiers, notamment des administrations. Or que souhaitent les parents ? Il souhaitent disposer d'un acte, de préférence judiciaire, prouvant directement qu'ils exercent en commun l'autorité parentale. L'acte de vie commune ne répond évidemment pas à ce vœu.

Pour répondre à cette demande, certains juges ont accepté de délivrer des actes atypiques tels que des « actes de communauté de vie et d'exercice en commun de l'autorité parentale », attestant par eux-mêmes de l'exercice en commun.

- *A priori*, il est assez surprenant de constater que la plupart des actes délivrés à Lyon et à Nanterre l'ont été pour des familles naturelles unies (cf. *supra*). En réalité, cet état de fait est tout à fait compréhensible. Selon les professionnels interrogés, il apparaît en effet que ce que recherchent les parents séparés, c'est non seulement la preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais aussi un minimum d'organisation de leur relations : fixation de la résidence habituelle chez l'un des parents, droit de visite et d'hébergement de l'autre parent. A l'évidence l'acte de vie commune ne peut satisfaire un tel besoin.

L'acte de communauté de vie paraît donc à la fois complexe et insuffisant. Mais sans doute le problème est-il plus large : c'est l'ensemble du système d'exercice en commun de plein droit, avec sa double exigence de reconnaissance et de vie commune, qui semble peu satisfaisant.

Quoiqu'il en soit, il n'est pas surprenant que les parents naturels délaissent l'acte de communauté de vie pour se tourner vers d'autres procédures, même si ces procédures sont faites en principe pour mettre en place un exercice en commun... alors que les intéressés en sont déjà investis.

B. Le recours à d'autres procédures

L'article 374 prévoit deux procédures destinées à mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle: déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance d'une part, décision du juge aux affaires familiales d'autre part. Dans les deux cas, il s'agit de mettre en place un exercice en commun exercé jusque là par la mère (art. 374 al. 1).

Or si l'on examine les circonstances dans lesquelles les père et mère ou l'un d'eux recourent à ces procédures, on constate que dans bien des cas, les parents qui y recourent sont déjà investis de plein droit de l'exercice en commun de l'autorité parentale, puisqu'ils remplissent toutes les conditions visées à l'article 372 al. 2 c. civ.

Ainsi, sur les 283 déclarations étudiées, il apparaît avec certitude dans les dossiers que 155 d'entre elles ont été souscrites par des parents exerçant en commun l'autorité parentale au titre de l'article 372 al. 2 (soit 54,8%). Les juges aux affaires matrimoniales (avant 1995) ou les greffiers en chef du tribunal de grande instance les ont cependant enregistrées.

Certes, on peut penser que nombre de parents étaient investis de l'exercice en commun de l'autorité parentale sans le savoir. Mais ce serait faire injure aux avocats ou travailleurs sociaux consultés par les parents, et surtout aux juges ou aux greffiers concernés que de conclure à une absence massive de vérifications. En fait, il ressort des entretiens réalisés avec les juges, les magistrats et les personnels des greffes, que nombre de parents souhaitent disposer d'un document qui permette « d'officialiser » la situation et fournisse une preuve à la fois simple et complète de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

De même, si l'on examine les demandes formées sur le fondement de l'article 374 al. 2 devant le juge aux affaires matrimoniales, on constate que plus du quart (28, 6%) émanent d'un ou de deux parents qui exercent déjà en commun l'autorité parentale. Là encore, les juges acceptent de statuer car ils sont soucieux de permettre aux parents de disposer d'un moyen de preuve à la fois simple et efficace de l'exercice en commun de l'autorité parentale. De plus, la procédure de l'article 374 permet aux parents d'organiser la situation: fixation d'une résidence habituelle, organisation du droit de visite et d'hébergement de l'autre parent, ce que, on l'a dit, ne permet pas non plus l'acte de communauté de vie (ni d'ailleurs la déclaration conjointe, même si avant 1995, certains juges acceptaient d'homologuer l'accord des parents en enregistrant la déclaration conjointe). On remarque aussi que si dans 97,8% des cas la demande émane de

parents séparés, il n'y pas nécessairement conflit : dans 54,5% des cas, il y a accord de l'autre parent.

De l'ensemble des éléments recueillis, il ressort donc que nombre de parents recourent aux procédures de l'article 374 pour pallier les insuffisances du système mis en place aux articles 372 et 372-1 c. civ. *De lege lata*, le remède pourrait être la délivrance par le greffe d'un acte d'exercice en commun de l'autorité parentale constatant à la fois la double reconnaissance et la vie commune; mais dans ce cas, il serait bon de prévoir l'information de l'autre parent. Il semblerait plus opportun encore de remodeler l'ensemble du système et de soumettre l'exercice en commun de plein droit à la reconnaissance conjointe de l'enfant par ses père et mère (cf. *infra*).

Par. 2: La mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle

Deux procédures sont prévues à l'article 374 al. 2 et 3 : une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance (devant le juge aux affaires familiales jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 8 février 1995) d'une part, une action devant le juge aux affaires familiales d'autre part.

A. Les déclarations conjointes d'exercice en commun de l'autorité parentale (art. 374 al. 2 c. civ.)

Le système existait avant la loi du 8 janvier 1993. A l'origine la déclaration devait être faite devant le juge des tutelles; la loi du 8 janvier 1993 a transféré cette compétence au juge aux affaires familiales ; la loi du 8 février 1995 a finalement confié cette mission au greffier en chef du tribunal de grande instance.

A priori, on pourrait penser que la mise en place d'un système d'exercice en commun de plein droit aurait fait perdre à la déclaration conjointe la plus grande partie de son intérêt. Telle n'est pas vraiment le cas en pratique. D'une part en effet, il reste des cas dans lesquels les conditions de l'exercice en commun de plein droit ne sont pas remplies. Surtout, les insuffisances du système mis en place aux articles 372 et 372-1 c. civ. conduisent certains parents à recourir à la déclaration conjointe (cf. *supra*).

283 déclarations ont été étudiées, soit les 75 premières déclarations faites en 1994 et en 1995 à Lyon et à Nanterre, étant précisé que seulement 58 déclarations ont été souscrites à Nanterre sur l'ensemble de l'année 1994.

1- Le profil des familles concernées

Le plus souvent les parents qui souscrivent la déclaration vivent ensemble (225 sur 283). Cette état de fait correspond bien à l'esprit de la déclaration conjointe: deux parents qui ont fondé une famille hors mariage affirment leur volonté d'assumer ensemble leurs responsabilités de parents.

La déclaration concerne en général des enfants jeunes, reconnus simultanément par leurs père et mère (230 sur 329 enfants). On retrouve là l'image de parents désireux d'assumer leurs obligations. Les avocats et les magistrats interrogés soulignent également que les parents recourent à la déclaration conjointe afin « d'officialiser » la situation.

Comme on l'a souligné (cf. *supra*), il est fréquent que les parents qui souscrivent une déclaration conjointe soient déjà investis, de plein droit, de l'exercice en commun de l'autorité parentale: la déclaration est certes « détournée » de sa fonction, mais les parents obtiennent ainsi ce dont ils ont vraiment besoin, à savoir une preuve simple et efficace de l'exercice en commun de l'autorité parentale (cf. *supra*).

2- Le transfert de compétence du juge aux affaires familiales au greffier en chef du tribunal de grande instance

Le premier transfert de compétence du juge des tutelles au juge aux affaires matrimoniales avait été généralement bien accueilli (cf. *Rapport* 000). Le second transfert, du juge aux affaires matrimoniales au greffier en chef du tribunal de grande instance, l'a été également. De fait, l'autorité qui reçoit la déclaration doit simplement contrôler l'existence des conditions légales. Il n'y a ni appréciation en opportunité, ni appréciation portant sur l'existence de telle ou telle condition: le greffier en chef se contente de vérifier l'acte de naissance de l'enfant et l'établissement de la filiation. En revanche, certains magistrats s'interrogent sur l'absence de transfert au greffier en chef de la délivrance des actes de communauté de vie ; mais d'autres font observer que cette délivrance suppose l'exercice d'un pouvoir d'appréciation quant aux éléments de preuve de la réalité de la vie commune lors de la seconde reconnaissance. D'aucuns soulignent toutefois que dans les faits, cette tâche revient déjà au greffier en chef.

En pratique cependant, le transfert de compétence du juge aux affaires familiales au greffier en chef du tribunal de grande instance a eu une conséquence importante, à laquelle le législateur n'avait pas songé. Lorsqu'ils s'adressaient au juge des tutelles ou au juge aux affaires familiales, un certain nombre de parents demandaient au juge d'homologuer leur accord sur la résidence, le droit de visite et d'hébergement et la pension alimentaire, ce que le juge acceptait volontiers de faire. Une telle possibilité n'existe plus aujourd'hui : le greffier en chef ne dispose

en effet d'aucun pouvoir d'homologation. L'action devant le juge aux affaires familiales, sur le fondement de l'article 374 al. 2 C. civ. n'en est que plus utile.

B. L'action devant le juge aux affaires familiales (art. 374 al. 2)

Là encore, l'action a été maintenue en 1993 pour permettre la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale dans les hypothèses où il n'existerait pas de plein droit et où les parents ne s'accorderaient pas pour faire une déclaration conjointe. L'étude de l'évolution de cette action au lendemain de la loi du 8 janvier 1993 fournit quelques données intéressantes.

Il convient tout d'abord d'observer que ces demandes restent relativement nombreuses puisque seul le tribunal de grande instance de Lyon en a connu moins de 75 en 1994 (au total, 297 dossiers ont été étudiés: les 75 premières décisions rendues à Lyon en 1995 et à Nanterre en 1994 et en 1995). Pourtant, on aurait pu imaginer que leur nombre diminuerait avec le système d'exercice en commun de plein droit de l'autorité parentale instauré en 1993. Deux phénomènes se conjuguent cependant pour rendre ce type d'actions relativement fréquentes. D'une part, l'entrée en vigueur de la loi est encore relativement récente : beaucoup de parents ne remplissent pas les conditions fixées par le texte et ses dispositions transitoires. Plus profondément, il apparaît que l'action en question n'est pas toujours utilisée pour ses fins habituelles.

1- Le contexte de la demande

Il convient de souligner plusieurs points.

- Lors de la demande, presque tous les parents résident séparément (dans 284 cas sur 297). Cette donnée n'est guère surprenante. De plus, parmi les cas dans lesquels les parents résident séparément, il en est 7 dans lesquels les parents disent au juge qu'ils envisagent de se séparer et qu'ils s'adressent à lui pour organiser la situation. Surtout, on peut observer que dans ces hypothèses, les parents détiennent déjà l'exercice en commun de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 372 al. 2. Les magistrats acceptent cependant de statuer pour répondre au souhait des parents d'obtenir une décision judiciaire sans équivoque, qui leur permette de faire preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale et de son organisation, tant entre eux qu'à l'égard des tiers. Plus généralement, on relève 85 dossiers dans lesquels les parents sont déjà investis de l'exercice en commun de l'autorité parentale (soit 28,5% des dossiers). Là encore, la procédure de l'article 374 est donc utilisée non pour mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale, mais pour en fournir la preuve ou en assurer l'organisation.

Quant au fait que toutes les demandes s'inscrivent dans le cadre ou dans la perspective d'une séparation, il révèle sans doute le besoin, souvent souligné par les praticiens interrogés,

d'obtenir, un règlement judiciaire de la séparation en l'absence de toute procédure comparable à un divorce.

- L'auteur de la demande est le plus souvent le père (72%), ce qui ne saurait surprendre puisqu'en général l'autorité parentale est exercée par la mère en vertu de l'article 374 al. 2 c. civ. Mais il en est de même lorsque l'autorité parentale est exercée par les deux parents: le père demande en fait que soit confirmée et organisée la situation. On constate également que lorsque la demande émane de la mère (22,9%), il s'agit souvent pour elle de fixer les choses et de faire homologuer un accord. Il arrive aussi que la mère agisse pour que soit défini le droit de visite du père et le montant de la pension alimentaire. Dans ce cas, il est fréquent que le père forme une demande reconventionnelle d'exercice en commun de l'autorité parentale.

A ces demandes « classiques », il faut ajouter quelques demandes de mères qui ne peuvent ou ne veulent prendre en charge l'enfant qui vit déjà avec le père : il s'agit alors de mettre en place et d'organiser un exercice en commun de l'autorité parentale.

Les actions intentées sur le fondement de l'article 374 al. 3 sont donc conflictuelles, mais moins qu'on aurait pu le penser : 102 conflits (se traduisant par deux demandes contradictoires), s'opposent aux 162 hypothèses d'accord. Il est vrai que lorsqu'il y a conflit, celui-ci est souvent, aux dires des praticiens, particulièrement dur.

2- La décision du juge

- Le juge se prononce en général en faveur de l'exercice en commun de l'autorité parentale: sur 297 demandes, 47 seulement ont été rejetées. Il est vrai que les magistrats comme les avocats disent tout faire pour amener les parents à admettre cette solution. Toutefois, l'exercice unilatéral de l'autorité parentale peut être justifié par le comportement d'un des parents: violence, dépendance à des produits toxiques ou désintérêt pour l'enfant. Certaines décisions fixant un exercice unilatéral de l'autorité parentale sont également fondées sur l'éloignement géographique existant entre les parents ou la présence d'un conflit permanent entre eux.

L'exercice unilatéral de l'autorité parentale est dans la majorité des hypothèses confié à la mère (43 cas sur 47). Pour les quatre dossiers attribuant l'exercice unilatéral au père, la mère refusait de s'occuper de l'enfant ou était violente avec lui.

- Dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, la résidence habituelle des enfants est, le plus souvent, fixée chez la mère. On constate cependant d'importantes différences selon l'âge de l'enfant : si 80% enfants de moins de 10 sont toujours confiés à la mère, le pourcentage tombe à 56,5% pour les enfants entre 11 et 15 ans, et à 14,3% pour les enfants de plus de 16 ans. Plus l'enfant est âgé, plus le père est susceptible d'en obtenir la charge

quotidienne; il est vrai que dans bien des cas, il semble que l'enfant vit déjà *de facto* chez son père : cette situation et l'avis de l'enfant ont sans doute été déterminant dans la décision du juge.

On relève la faible proportion des demandes des pères en vue d'obtenir la résidence de l'enfant chez eux. Les pères introduisent en effet 210 demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale dont seulement 53 sont accompagnées d'une demande d'attribution de la résidence de l'enfant chez eux. Certaines demandes (7) de résidence de l'enfant chez le père émanent de la mère.

- L'aménagement d'un droit de visite par le juge est systématique même s'il n'a pas été demandé. Le droit de visite et d'hébergement libre et à défaut standard (les 1^{er}, 3^{ème}, et 5^{ème} week-end de chaque mois et la moitié des vacances scolaires) est le plus couramment retenu pour les enfants de moins de quinze ans. Après cet âge, le juge fixe plus souvent un droit de visite libre pour que l'adolescent puisse organiser lui-même ses rencontres avec son père ou sa mère.

Par. 3 : Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle

Le juge aux affaires familiales peut être amené à régler deux types de problèmes: dans certains cas, les parents lui demandent d'organiser différemment l'exercice en commun de l'autorité parentale; dans d'autres cas, les père et mère ou l'un d'eux souhaitent remettre en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Plusieurs explications peuvent éclairer ce phénomène. A l'évidence, le besoin de recourir au juge est plus fréquent aujourd'hui car le nombre d'exercices en commun de l'autorité parentale est lui-même plus important: autant de situations où il est nécessaire d'organiser la situation en cas de rupture ou de remettre en cause le système s'il n'apparaît pas viable. De plus, les parents ont besoin d'un titre judiciaire pour faire preuve à l'égard des tiers (notamment des administrations) de l'exercice en commun et de son organisation. Mais sans doute faut-il également tenir compte de l'évolution de la nature même de la famille naturelle. Il existe de plus en plus de véritables *familles* fondées sur un projet commun durable. En particulier, il semble que de plus en plus de pères naturels soient soucieux, en cas de séparation, de conserver des liens avec leurs enfants mineurs.

A. L'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Dans la plupart des cas, les parents ne vivent plus ensemble. Il s'agit donc bien d'organiser la séparation de la famille naturelle. Le plus souvent les parents sont titulaires de l'exercice en commun de l'autorité parentale en vertu des dispositions de l'article 372 nouveau du code civil et

des dispositions transitoires de la loi du 8 janvier 1993. Il est plus rare que l'exercice en commun découle d'une décision judiciaire, et plus rare encore d'une déclaration conjointe.

Dans la plupart des cas, les enfants résident habituellement auprès de leur mère. C'est celle-ci qui, le plus souvent, introduit la demande. En fait, elle souhaite que la situation soit clarifiée et que soit judiciairement fixés la résidence de l'enfant, le droit de visite et d'hébergement du père ainsi que la pension alimentaire due par ce dernier. Quant aux pères, on remarquera qu'ils demandent plus souvent la fixation de leur droit de visite et d'hébergement, qu'un changement de résidence à leur profit.

Pour ne pas être absents (à la différence du divorce, *supra*), les litiges relatifs à l'éducation de l'enfant sont extrêmement rares (3 dossiers seulement) : intervention chirurgicale relativement bénigne dans un cas (les parents parvenant à un accord en cours d'audience), changement d'école dans deux autres (à cette occasion, les juges réaffirment l'obligation pour la mère de demander son avis au père).

Comme dans le divorce, les parents parviennent le plus souvent à un accord en cours de procédure. Quant à l'issue de l'action, plusieurs points doivent être soulignés.

1- La fixation de la résidence habituelle de l'enfant

Une comparaison des chiffres relatifs à la résidence de l'enfant au moment de la demande et après la décision révèle une augmentation de la résidence chez le père. Les décisions modifiant la résidence de l'enfant font toujours état d'un élément nouveau justifiant le changement ou d'un accord des parents.

2- Le droit de visite et d'hébergement

Le droit de visite et d'hébergement est, à l'issue du contentieux, majoritairement libre et à défaut standard quel que soit l'âge de l'enfant. Il est, le plus souvent, particulièrement précis. Toutefois, lorsque le juge fixe un exercice unilatéral de l'autorité parentale, le droit de visite et d'hébergement est plus fréquemment réduit.

B. La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale

La remise en cause du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale au sein de la famille naturelle est rare. Sur 61 demandes en ce sens, seules 26 ont été satisfaites. Cette modification est justifiée par l'éloignement, la violence ou le désintérêt d'un des parents. En revanche, les difficultés de dialogue entre les parents ne justifient pas, selon les magistrats, la

remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale , seuls des événements d'une certaine gravité nécessitent la mise en place d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Première partie :

L'exercice de l'autorité parentale dans la famille légitime

Pendant le mariage, le principe de l'autorité parentale est envisagé sous l'angle de la "cogestion" parentale. Il implique une responsabilité commune donc partagée des parents vis-à-vis de leurs enfants¹.

En cas de divorce ou après la séparation des parents, deux lois récentes ont abouti à la mise en place progressive du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale : dans le prolongement de l'évolution commencée en 1987², la loi du 8 janvier 1993 a placé l'exercice en commun de l'autorité parentale au rang de principe.

La succession de deux lois à brève échéance conduit à étudier l'évolution du contentieux de l'exercice de l'autorité parentale, tant lors du divorce (**Chapitre 1**) que dans les procédures introduites ultérieurement (**Chapitre 2**).

¹ La loi n° 70-459 du 4.06.1970 a supprimé la notion de puissance paternelle au profit du concept, plus égalitaire pour les parents, d'autorité parentale.

² Loi MALHURET du 22.07.1987.

Chapitre 1 : L'exercice de l'autorité parentale au moment du divorce

L'étude relative aux jugements statuant sur la séparation définitive des deux époux, porte sur les 75 premiers dossiers de divorce recensés aux tribunaux de grande instance de Lyon et de Nanterre, en 1994 et 1995.

L'analyse des dossiers portera d'une part, sur les modes d'exercice (en commun ou unilatéral) de l'autorité parentale (**Section 1**) ; d'autre part, sur les modalités pratiques (droit de visite et d'hébergement ; résidence) de l'autorité parentale (**Section 2**).

Section 1 : L'exercice de l'autorité parentale dans les décisions de divorce

Depuis la loi du 8 janvier 1993, l'article 287 du Code civil prévoit qu'en cas de divorce « l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents [...] Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents ».

La loi a ainsi fait de l'exercice en commun de l'autorité parentale le principe et de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale l'exception, dans le but de faciliter les relations de l'enfant avec ses deux parents malgré leur séparation.

L'enquête sur dossiers et auprès des magistrats et avocats a pour objectif de déterminer dans quelle mesure les nouvelles règles issues de la loi de 1993, et notamment l'affirmation du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale, ont été mises en oeuvre.

La réponse à une telle interrogation résulte de l'analyse des demandes relatives à l'autorité parentale formulées par les parents au moment du divorce (paragraphe 1) et des décisions rendues par le juge aux affaires familiales (paragraphe 2)

Par. 1 : La demande relative à l'exercice de l'autorité parentale

L'analyse de la demande relative à l'exercice de l'autorité parentale nécessite d'une part l'étude de son objet (A) et d'autre part celle de son auteur (B).

A- L'objet de la demande

1- L'objet de la demande en vue du prononcé du divorce

Tableau n° 1 : Objet de la demande

Demande	Effectif	%
ECAP	458	90,16
EUAP	50	9,84
Total	508	100

Sur les 300 dossiers, soit 600 demandes, seuls 508 sont connues.

Sur un total de 508 demandes dont l'objet est connu, 458, soit 90,16 % ont pour objet un exercice en commun de l'autorité parentale. Ce mode d'exercice de l'autorité parentale constitue sans conteste le principe dans les demandes des parents.

Les avocats interrogés concluent dans la plupart des hypothèses en faveur d'une telle solution. Ils expliquent aux parents que l'exercice en commun de l'autorité parentale constitue le principe posé par la loi auquel on ne peut déroger que pour des motifs particuliers liés à l'intérêt de l'enfant.

Toutefois 50 demandes ont pour objet un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Il est alors fréquent (64 % de ces demandes) que la réaction du défendeur soit inconnue ce qui accrédite l'hypothèse de l'existence d'un lien entre exercice unilatéral de l'autorité parentale et désintérêt de l'un des parents à l'égard de l'enfant. Lorsque la réaction du défendeur est connue (18 dossiers), elle a le plus souvent (12 dossiers) pour objet le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Les réactions proviennent, pour la plupart, des pères, non hébergeant, face à une demande de la mère qui a obtenu la résidence de l'enfant chez elle. La réaction des pères s'explique par leur refus de voir leurs relations avec l'enfant s'inscrire dans un exercice exclusif de l'autorité parentale au bénéfice de leur ex-épouse.

2- L'objet de la demande et les mesures provisoires

Dans le cadre de la procédure de divorce, la demande des parents relative à l'autorité parentale ne constitue pas la première étape de la procédure puisqu'elle est précédée d'une audience de conciliation à l'issue de laquelle le juge aux affaires familiales fixe des mesures provisoires destinées à s'appliquer pendant la procédure. Pour chacun des dossiers (soit un total de 300 mesures provisoires), une première décision relative à l'autorité parentale intervient ainsi

avant la demande des parents, matérialisée par des conclusions. Toutefois, même si le dossier n'en conserve pas de trace écrite (sauf la convention temporaire pour le divorce sur requête conjointe), les parties formulent une demande au moment de l'audience de conciliation, les mesures provisoires ne résultant pas de la seule volonté du juge.

Ces mesures provisoires méritent une attention particulière parce qu'elles influencent considérablement la demande des parents ainsi que la décision finale du juge aux affaires familiales. Les parties, comme le juge, ont en effet tendance à privilégier les situations acquises, à moins qu'un élément nouveau ne viennent remettre en cause les modalités mises en place antérieurement. Les mesures provisoires constituent en quelque sorte une « période d'essai ». La demande des parents dépend largement de la façon dont ils ont vécu les relations avec leur enfant et l'autre parent entre l'ordonnance de non conciliation et l'assignation.

Tableau n° 2 : Mesures provisoires

Mesures provisoires	Effectif	%
ECAP	269	89,6
EUAP	31	10,4
Total	300	100

Dans 89,6 % des cas, les mesures provisoires fixent un exercice en commun de l'autorité parentale. La prépondérance de cette modalités d'exercice de l'autorité parentale est sensiblement la même dans la demande des parents et dans les mesures provisoires ; les parents ont donc une forte tendance à solliciter une confirmation des mesures provisoires notamment pour l'exercice de l'autorité parentale.

Toutefois certains parents demandent la mise en place d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale alors que les mesures provisoires avaient fixé une exercice en commun de l'autorité parentale (12 dossiers). Dans la plupart des hypothèses, la demande d'exercice unilatéral de l'autorité parentale émane du parent qui avait obtenu la résidence dans les mesures provisoires. Pour trois dossiers la justification de cette demande est connue : dans un cas, le père, sans domicile fixe, ne s'intéresse pas à ses enfants ; dans le deuxième cas, la mère non hébergeante souffre de crises liées à son alcoolisme et dans le troisième, la mère hébergeante invoque la violence du père.

Un dossier contient une demande d'exercice en commun de l'autorité parentale alors que les mesures provisoires avaient mis en place un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Les parents sont parvenus à un accord au cours de la procédure après une expertise psychologique et une enquête sociale.

B- L'auteur de la demande

Tableau n°3 : Auteur de la demande

	ECAP	EUAP	Inconnu
Mère	112	38	21
Père	89	10	68
Conjointe	256	2	
Total	457	50	89

Pour trois demandes on ne connaît ni l'auteur ni l'objet de la demande et pour une demande on connaît seulement l'objet de la demande. Le total de l'échantillon est donc de 596.

Dans le cadre d'une procédure de divorce, chacun des parents présente, dans la plupart des hypothèses, une demande relative à l'autorité parentale. Ainsi les trois cent dossiers étudiés représentent 600 demandes (75 par juridiction et par année). Toutefois, 93 de ces demandes sont inconnues, soit 15,5 % des demandes. Dans 68 cas sur 93 (73,11 %) c'est le père qui ne présente aucune demande relative à l'autorité parentale et dans 21 hypothèses c'est la mère qui ne manifeste aucune volonté sur ce point.

L'examen de la répartition des demandes connues (507), permet de constater que 150 d'entre elles (soit 29,58 %) émanent des mères, 99 des pères, (soit 19,48 %). Les demandes conjointes sont au nombre de 258, ce qui représentent 129 dossiers (43 % des dossiers).

Le nombre important de demandes conjointes permet d'affirmer que dans près de la moitié des divorces les parents parviennent à un accord à propos de l'exercice de l'autorité parentale. Toutefois, si l'existence d'une demande conjointe des parents permet d'être certain d'un accord entre les parents, l'absence d'une telle demande n'exclut pas leur accord : le parent défendeur peut en effet acquiescer à la requête du demandeur par une demande indépendante ou en s'abstenant de présenter une demande concurrente.

74,6% des demandes des mères ont pour objet un exercice en commun de l'autorité parentale tandis que 89,90 % des demandes des pères vont en ce sens. Cette différence notable s'explique vraisemblablement par le fait que les mères sont les plus souvent hébergeantes. Les pères qui n'ont pas la résidence de l'enfant (et qui souvent ne la sollicitent pas) attachent sans doute une plus grande importance à l'exercice en commun de l'autorité parentale qui leur permet de conserver des liens plus étroits avec l'enfant qui ne vit pas avec eux. Ce dernier chiffre témoigne de l'intérêt de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la perspective d'un maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents après leur séparation.

Lorsqu'elle est conjointe, la demande des parents a presque toujours pour objet un exercice en commun de l'autorité parentale. Seules deux demandes (soit un seul dossier) visent un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Parmi les 50 demandes relatives à un exercice unilatéral de l'autorité parentale, 38 émanent de la mère et 10 du père ; dans un cas la demande émane des deux parents. Lorsque la réaction du défendeur à une telle demande est connue (18 dossiers), elle tend le plus souvent à un maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale (12 dossiers).

Dans la plupart des hypothèses, le parent auteur de la demande d'exercice unilatéral de l'autorité parentale sollicite un exercice exclusif à son profit. Toutefois dans 4 dossiers, l'auteur de la demande n'est pas titulaire de l'exercice unilatéral sollicité.

Par. 2 : La décision du juge aux affaires familiales

Parfois précédée de mesures d'accompagnement (A), la décision du juge aux affaires familiales prend toute sa mesure lorsqu'elle est confrontée à la demande et aux mesures provisoires (B). La prépondérance évidente de l'exercice en commun de l'autorité parentale conduit alors à s'attarder sur les circonstances particulières qui justifient un exercice unilatéral de l'autorité parentale (C)

A- Les mesures d'accompagnement

Le terme de mesures d'accompagnement est un terme général visant toute mesure ordonnée par le juge aux affaires familiales et destinée à recueillir des informations sur la situation matérielle et morale de la famille et particulièrement des enfants mineurs. Il s'agit principalement de l'enquête sociale, de l'expertise médico-psychologique et de l'audition de l'enfant.

Tableau n° 4 : Mesures d'accompagnement

Type de mesure	Effectif
Enquête sociale	20
Expertise	7
Audition de l'enfant	4
Aucune mesure	270
Total	301

Chiffres calculés en fonction du nombre total de dossiers, soit 75 par juridiction et par année. Le nombre total dépasse le nombre de dossiers car il existe des dossiers où plusieurs mesures d'accompagnement ont été ordonnées à l'occasion de la même affaire.

La plupart des dossiers (270 dossiers, soit 90 % des cas) ne comportent pas de mesures d'accompagnement. Dans une minorité de cas, les juges ont eu recours à des mesures d'accompagnement (31 cas, soit 10 %). De telles mesures interviennent souvent en cas de désaccord entre les parents ; elles concernent quelquefois le principe de l'exercice de l'autorité parentale ou la résidence et très souvent le droit de visite et d'hébergement.

Le nombre d'expertises est faible (sept dossiers). Les enquêtes sociales paraissent plus fréquentes, sans pour autant représenter un nombre considérable (6,6 %).

La loi du 8 janvier 1993 qui instaure l'audition de l'enfant dans toutes les procédures¹, ne connaît qu'un faible impact lors du divorce : l'audition n'a eu lieu que dans quatre dossiers. Les juges ont certes intégré le principe de l'audition de l'enfant, mais ils sont fréquemment freinés par l'âge de ce dernier ou par la situation conflictuelle qui existe entre les parents et qui perturbe les enfants. La plupart des juges interrogés craignent de laisser s'instaurer l'idée que c'est aux enfants de décider des conséquences du divorce. En outre, certains d'entre eux critiquent le manque de précision de la loi quant à l'organisation et aux effets de l'audition. Ils s'interrogent notamment sur le droit des parties d'être informées du contenu de l'audition.

Dans l'ensemble, la position des magistrats concernant l'impact de la loi sur les mesures d'accompagnement est quasiment unanime : il n'y a pas plus d'audition depuis la réforme de 1993. L'enquête sociale reste prioritaire et, en général, les mesures d'accompagnement ne sont pas ordonnées quand un accord existe entre les parents.

¹ Art. 388-1 Cciv.

Tableau n° 5 :
Mesures d'accompagnement et exercice de l'autorité parentale dans la décision

Mesures d'accompagnement	ECAP	EUAP	Total
OUI	28	6	34
NON	243	24	267
Total	271	30	301

Le nombre total de mesures dépasse le nombre de dossiers car il existe des dossiers où plusieurs mesures d'accompagnement ont été ordonnées à l'occasion de la même affaire.

Les mesures d'accompagnement sont deux fois plus fréquentes dans les dossiers pour lesquels le juge décide d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale (20 %) que dans les dossiers pour lesquels le juge décide d'un exercice en commun de l'autorité parentale (10,33 %). Cette comparaison tend à confirmer l'idée que le juge ordonne plus souvent une mesure d'accompagnement dans des dossiers contentieux ou délicats dans lesquels de graves difficultés nécessitent l'établissement d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Les 28 mesures d'accompagnement ordonnées avant le prononcé d'un exercice en commun de l'autorité parentale se répartissent en 19 enquêtes sociales, 5 expertises et 4 auditions de l'enfant.

Les enquêtes sociales peuvent être classées en deux catégories. Certaines sont motivées par un risque pour l'enfant (violence d'un parent, suspicion d'inceste, défaillance grave d'un parent) conduisant le juge à s'interroger sur l'opportunité d'un maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Les mesures d'accompagnement sont alors destinées à lui fournir des détails sur la situation familiale pour savoir si l'intérêt de l'enfant ne nécessite pas la mise en place d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Les autres enquêtes sociales sont ordonnées parce que les parents souhaitent changer l'exercice de l'autorité parentale ou les modalités du droit de visite et d'hébergement. Le juge, par l'intermédiaire de l'enquête sociale, va rechercher si une telle modification est justifiée par des circonstances propices ou des raisons réelles. On retrouve là encore l'idée selon laquelle les juges sont réticents à modifier la situation antérieure de l'enfant.

Les expertises médico-psychologiques correspondent à des dossiers dans lesquels l'un des parents désire modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. L'une des expertises a permis aux parents d'instaurer un dialogue au sujet de l'enfant à la suite d'un entretien avec l'expert. Dans ce contexte, le juge a pu maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Les auditions de l'enfant ont été, pour trois d'entre d'elles, ordonnées par le juge tandis que la quatrième a été expressément demandée par la mère. Deux de ces auditions sont concomitantes à une enquête sociale.

L'enquête sociale et l'expertise représentent bien les moyens les plus usités par les magistrats pour étayer leur raisonnement quant à la décision à prendre. Finalement, l'audition représente rarement un fondement de la décision : la parole de l'enfant ne tient qu'une place plutôt mince dans le contentieux du divorce.

Pour la grande majorité des dossiers dans lesquels une enquête sociale ou une expertise a été ordonnée, le juge suit les conclusions du rapport qui lui est remis et les utilise pour motiver sa décision. Dans un seul dossier, le magistrat a maintenu les mesures provisoires (exercice unilatéral) alors que l'enquête sociale préconisait un changement d'exercice de l'autorité parentale ; aucun élément probant ne permet de comprendre la réaction du juge, si ce n'est, peut-être, la crainte d'un climat familial encore fragile.

B- La confirmation du principe d'exercice en commun de l'autorité parentale dans la décision

Tableau n°6 : Exercice de l'autorité parentale dans la décision

	ECAP	EUAP	Total
Effectif	275	25	300
%	91,6	8,4	100

L'exercice en commun de l'autorité parentale est mis en place dans 91,6 % des décisions du juge aux affaires familiales. Ce chiffre confirme la prépondérance de l'exercice en commun de l'autorité parentale relevé par ailleurs au niveau des mesures provisoires et de la demande des parents.

1- La décision finale au regard de la demande

Le nombre de décisions fixant un exercice en commun de l'autorité parentale est supérieur au nombre de demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale. Les demandes ayant pour objet un exercice unilatéral de l'autorité parentale sont satisfaites dans 58 % des cas seulement, dans tous les autres cas, le juge maintient un exercice en commun de l'autorité parentale. Il faut noter que sur les 25 décisions fixant un exercice unilatéral de l'autorité parentale, 24 sont en faveur de la mère, auteur d'une demande en ce sens dans 37 dossiers. La

réaction du père consiste le plus souvent (10 dossiers sur les 16 pour lesquels sa réaction est connue) à demander que soit maintenu un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence chez la mère. Toutefois dans la plupart des cas la réaction du père est inconnue, ce qui peut laisser penser qu'elle est inexistante.

Lorsqu'il refuse un exercice unilatéral de l'autorité parentale, le juge se conforme strictement aux textes, en n'écartant pas l'exercice en commun de l'autorité parentale lorsqu'il estime que l'intérêt de l'enfant ne le justifie pas. On peut cependant penser que le juge n'impose pas aux parties l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais qu'il les amène, dans la mesure du possible, à adhérer à cette décision. Les parties reviennent parfois elles-mêmes sur leur première demande et se décident en cours de procédure en faveur d'un exercice en commun de l'autorité parentale.

L'examen de la demande a révélé le faible nombre de dossiers dans lesquels existe un véritable conflit entre les parents à propos de l'exercice de l'autorité parentale. Seuls 14 dossiers de ce type peuvent être dénombrés (dans de nombreux dossiers la réaction du défendeur est inconnue). Malgré le nombre restreint de dossiers, la décision du juge dans ces hypothèses revêt un intérêt non négligeable.

Tableau n° 7 : Solution en cas de conflit relatif à l'autorité parentale

Demandes	Décision			
	EUAP Mère	EUAP Père	ECAP Mère	ECAP Père
EUAP père/ EUAP mère	1	—	1	—
ECAP mère/ EUAP père	—	—	1	1
EUAP mère/ ECAP mère	3	—	6	—
EUAP mère/ ECAP père	1	—	—	—

Dans la plupart des dossiers (12 sur 14), le conflit se situe entre un exercice en commun de l'autorité parentale et un exercice unilatéral de l'autorité parentale et plus particulièrement (9 dossiers) entre un exercice unilatéral de l'autorité parentale au profit de la mère et un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence chez la mère (demandé par le père). Ce type de conflit reflète l'importance attachée par les parents à l'autorité parentale, en dehors des considérations matérielles liées au lieu de résidence de l'enfant. Dans ce type de conflits dont le seul objet est l'exercice de l'autorité parentale, deux tiers des décisions prononcent un exercice en commun de l'autorité parentale maintenant ainsi un cadre juridique plus favorable aux relations de l'enfant avec son père. Dans certains dossiers, en effet, le juge affirme maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale malgré la situation délicate du père pour ne pas perturber l'enfant ou pour ne pas « déresponsabiliser » le père.

Les conflits entre exercice en commun de l'autorité parentale et exercice unilatéral de l'autorité parentale, quelle que soit la demande relative à la résidence, sont pour les deux tiers (8 sur 12) tranchés en faveur d'un exercice en commun de l'autorité parentale.

2- La décision au regard des mesures provisoires

Une comparaison entre les mesures provisoires et les décisions finales relatives à l'exercice de l'autorité parentale, révèle une augmentation du nombre d'exercice en commun de l'autorité parentale au cours de la procédure. Le taux d'exercice en commun de l'autorité parentale passe en effet de 89,6 à 91,6 %. Il est possible de voir dans cette évolution l'effet du temps conjugué aux efforts des avocats et des magistrats pour apaiser les conflits et parvenir à mettre en place, dans l'intérêt de l'enfant, un exercice en commun de l'autorité parentale exclu lors de l'ordonnance de non conciliation.

L'examen des dossiers concernés par une telle évolution (9) confirme cette analyse. Pour 6 d'entre eux, le juge a entériné l'accord intervenu entre les parents en cours de procédure. Dans 4 cas, cet accord a suivi la mise en oeuvre d'une mesure d'accompagnement. Dans les autres dossiers, le juge, estimant qu'un exercice en commun de l'autorité parentale n'était pas contraire à l'intérêt de l'enfant, a imposé un exercice en commun de l'autorité parentale en dépit du désaccord existant entre eux sur cette question.

3- La décision finale au regard du type de divorce

Tableau n° 8 : Exercice de l'autorité parentale selon le type de divorce¹

LYON 94 & 95

Type de divorce	Exercice de l'autorité parentale					
	ECAP		EUAP		Total	
Divorce sur requête conjointe	43	100 %	-	-	43	100 %
Divorce sur demande acceptée	26	100 %	-	-	26	100 %
Divorce pour faute	66	84,6 %	12	15,38 %	78	100 %
Divorce pour rupture de la vie commune	1	50 %	1	50 %	2	100 %
Total	136	91,27 %	13	8,72 %	149	100 %

Dans un dossier d'ECAP, le type de divorce n'a pas été communiqué.

NANTERRE 94 & 95

Type de divorce	Exercice de l'autorité parentale					
	ECAP		EUAP		Total	
Divorce sur requête conjointe	71	98,6 %	1	1,4 %	72	100 %
Divorce sur demande acceptée	13	92,8 %	1	7,2 %	14	100 %
Divorce pour faute	52	83,9 %	10	16,1 %	62	100 %
Inconnu	2	100 %	0	0	2	100 %
Total	138	92 %	12	8 %	150	100 %

D'une façon générale, une très large majorité (153 sur 158 soit 98, 7%) de divorces prononcés sur requête conjointe ou sur demande acceptée aboutissent à l'instauration d'un exercice en commun.

¹ Calcul effectué en fonction du nombre de dossiers.

Dans le même sens, un magistrat de Nanterre avait précisé qu'en présence d'un accord entre les parents, il ne pouvait pas s'opposer à une exercice en commun. Par principe, le divorce sur requête conjointe ou sur demande acceptée suppose un accord entre les parents sur le divorce et incite plus facilement à une entente parentale sur l'exercice en commun.

Cependant, il convient de bien distinguer entre la requête de divorce et la demande d'exercice en commun de l'autorité parentale. On observe que le divorce pour faute n'empêche pas la possibilité d'un exercice en commun de l'autorité parentale, largement majoritaire dans les dossiers étudiés (84,6 % à Lyon et 83,9 % à Nanterre).

En outre, on peut remarquer que les magistrats lyonnais ne prononcent pas d'exercice unilatéral lorsque les époux divorcent sur requête conjointe ou sur demande acceptée. Ils statuent en faveur d'un exercice unilatéral à l'occasion d'un divorce pour faute (13 cas sur 14), et à l'occasion d'un divorce pour rupture de la vie commune (un cas en 1995 sur les deux années étudiées dans le ressort de Lyon).

La conclusion semble moins évidente à Nanterre puisqu'on a pu relever qu'un nombre conséquent de divorces pour faute conduit à la mise en place d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale (11,5 % en 1994 et 19,4 % en 1995). Deux cas de divorce à l'amiable (un divorce par requête conjointe en 1994, un divorce sur demande acceptée en 1995), conduisant à un exercice unilatéral, doivent être relevés. Il serait donc inexact d'affirmer que seuls les divorces pour faute conduisent à la mise en œuvre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Encore faut-il bien préciser les circonstances de l'espèce.

Dans l'hypothèse du jugement prononçant un divorce sur requête conjointe et un exercice unilatéral, ce sont les parents qui ont demandé conjointement à ce que l'exercice unilatéral soit instauré ; aucun élément significatif ne permettait de rejeter l'exercice en commun de l'autorité parentale, pourtant le juge a suivi la volonté conjointe des parents.

La situation est différente dans le dossier de divorce sur demande acceptée. Le père de l'enfant habite en Suisse et l'on peut davantage comprendre que la mise en œuvre d'un exercice en commun comporte des difficultés d'application en raison de l'éloignement des deux parents. Dans ce contexte, il est donc apparu plus propice au juge d'instaurer un exercice unilatéral.

4- La décision finale au regard de l'âge des enfants

Tableau n° 9 : Exercice de l'autorité parentale et âge des enfants

Age des enfants	Exercice de l'autorité parentale					
	ECAP		EUAP		Total	
Moins de 6 ans	87	90,62 %	9	9,38 %	96	100 %
De 6 à 10 ans	163	89,07 %	20	10,93 %	183	100 %
De 11 à 15 ans	137	91,94 %	12	8,06 %	149	100 %
Plus de 15 ans	68	90,66 %	7	9,34 %	75	100 %

Remarque : Pour une décision d'ECAP, trois enfants sont confiés à un tiers : l'exercice en commun de l'autorité parentale a été décidé par une mesure provisoire mais n'a pas été confirmé dans la décision de divorce.

Dans l'échantillon étudié, la majorité des enfants ont entre six et quinze ans. Quelle que soit la tranche d'âge considérée, une grande majorité d'enfants bénéficient de l'exercice en commun de l'autorité parentale sans qu'existe de différences notables selon les tranches d'âge considérées. L'exercice unilatéral relève donc bien de circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'intérêt de l'enfant est en cause.

C- Les circonstances particulières justifiant un exercice unilatéral de l'autorité parentale

Exceptionnelle (25 décisions sur 300), la décision instaurant un exercice unilatéral de l'autorité parentale est motivée par des circonstances particulières qui rendent l'exercice en commun de l'autorité parentale incompatible avec l'intérêt de l'enfant.

La première cause d'attribution exclusive de l'autorité parentale à l'un des parents réside dans le désintérêt de l'autre parent (souvent le père) pour son enfant. Cette attitude se manifeste notamment par le défaut de constitution d'avocat ou par la présence dans le dossier d'un procès verbal de recherches infructueuses. Dans deux dossiers la défaillance du père s'explique par son incarcération.

La mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale est motivée dans certains dossiers par le fait que le père ne s'est pas manifesté depuis longtemps auprès de l'enfant, notamment parce qu'il n'a pas exercé le droit de visite qui lui conférait l'ordonnance de non conciliation. Dans ce type d'hypothèses, la demande de la mère et la décision du juge sont motivées par la défaillance du père.

La deuxième motivation des juges pour prononcer un exercice unilatéral de l'autorité parentale est la forte tension existant entre les parents ou entre un parent et l'enfant. Il semble que plutôt que de maintenir un exercice en commun de l'autorité parentale susceptible de constituer en lui-même une source de conflits, le juge préfère dans certains cas mettre en place un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Un avocat lyonnais regrette que cette démarche ne soit pas plus fréquente, invoquant les inconvénients d'une systématisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale susceptible de donner lieu à des abus préjudiciables à l'enfant.

L'éloignement géographique peut encore expliquer l'adoption par le juge d'un exercice unilatéral. Cependant, l'appréciation des distances n'est pas homogène : tandis que dans deux dossiers lyonnais, le magistrat conclut à un exercice unilatéral parce que le père réside à l'étranger, une troisième affaire à Nanterre va dans un sens identique alors que les parents habitent des villes différentes mais pas nécessairement très lointaines (l'un habite Paris, l'autre Lyon). Dans cette espèce, il est intéressant de souligner que chacun des parents avait demandé l'exercice unilatéral au profit de la mère ; le juge a manifestement suivi cette volonté alors qu'aucun élément ne permettait d'empêcher l'instauration d'un exercice en commun. L'appréciation de la distance relève du pouvoir souverain des juges du fond, et l'on ne peut que constater des dissemblances entre les différentes affaires étudiées. Dans le dernier cas évoqué, il paraît assez évident que le juge a suivi la volonté commune des parents alors que la mise en place d'un exercice en commun ne paraissait pas impossible. En statuant de la sorte, le juge n'a vraisemblablement pas respecté les termes de la loi s'agissant de l'exercice unilatéral puisque la distance Lyon-Paris ne peut être objectivement appréhendée comme une circonstance exceptionnelle. Dans cette affaire, une concurrence entre le principe de l'exercice en commun et la volonté des parents est née : c'est finalement le dernier élément que le juge a retenu.

De l'analyse des dossiers, il résulte que la prépondérance de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le cadre de divorce ne peut être contestée et se situe à tous les stades de la procédure : mesures provisoires, demande des parents, décision finale. Les différents chiffres témoignent de l'importance accordée par les divers acteurs de la procédure à l'exercice en commun de l'autorité parentale dont le principe instauré par la loi de 1993 n'est donc pas resté lettre morte.

Il convient toutefois de s'interroger plus concrètement sur les modalités de cet exercice en commun afin de mesurer l'impact de ce principe sur les relations entre l'enfant et ses parents.

Section 2 :
***Les modalités d'exercice en commun de l'autorité parentale
 lors du prononcé du divorce***

Si la loi du 8 janvier 1993 a posé comme principe l'exercice en commun de l'autorité parentale à l'issue du divorce, elle n'a, en revanche, apporté que très peu d'éléments sur l'organisation de cet exercice en commun. Or, depuis 1993, l'enjeu du débat entre les parents, lors du divorce, semble porter essentiellement sur les modalités de l'exercice en commun de l'autorité parentale, c'est à dire sur la détermination de la résidence habituelle de l'enfant et sur les droits du parent non hébergeant : les problèmes liés à la garde se sont aujourd'hui reportés sur la résidence de l'enfant.

Seule une disposition du Code civil organise l'attribution par le juge de la résidence habituelle des enfants. L'article 287 du nouveau Code civil dispose, en effet, que : "le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle". Par conséquent, la résidence habituelle de l'enfant est, en principe, désignée par les parents s'ils sont d'accord sur le choix de cette résidence. Elle n'est désignée par le juge que si ce choix apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant.

L'autre modalité importante de l'exercice en commun de l'autorité parentale est le droit de visite et d'hébergement du parent chez qui l'enfant ne réside pas habituellement. Ce droit de visite et d'hébergement est soumis entièrement à l'appréciation souveraine des juges du fond, puisqu'aucune disposition de la loi de 1993 ne fait expressément référence à son organisation. En effet, la loi du 8 janvier 1993 ne fait allusion au droit de visite et d'hébergement que d'une façon indirecte dans les articles 287-2 et 288 du Code civil, respectivement relatifs à l'enquête sociale pouvant être ordonnée par le juge et à l'exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Des aménagements particuliers sont effectués par le juge à la demande des parents, et en l'absence de disposition législative. Il en est ainsi pour l'organisation du droit de visite et d'hébergement du parent non hébergeant et plus exceptionnellement pour certaines décisions relatives à la vie quotidienne de l'enfant et à son éducation.

Ainsi, il semble intéressant d'étudier d'une part, le choix de la résidence habituelle de l'enfant (Paragraphe 1), et d'autre part, l'organisation des relations personnelles entre l'enfant et ses parents (Paragraphe 2).

Par. 1 : Le choix de la résidence habituelle de l'enfant

Selon l'article 287 du Code civil, il appartient aux père et mère de déterminer la résidence habituelle de l'enfant. En cas de désaccord des parents sur ce point ou si cet accord lui semble contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge fixe lui-même cette résidence. Avant de fixer la résidence par une décision (B), le juge doit donc nécessairement étudier la demande des parents (A).

A- La demande des parents quant à la résidence

Il convient de préciser ici que dans 16 des trois cents dossiers étudiés, l'un des époux n'a pas constitué avocat ou n'a pas comparu. Pour l'essentiel, ce sont les pères qui ne comparaissent pas (treize dossiers sur seize). Dans toutes les hypothèses de non comparution de l'un des parents, la résidence des enfants est attribuée au seul parent présent : le parent, présent à l'instance, demande la résidence habituelle des enfants chez lui et l'obtient.

Il convient d'étudier les autres demandes des parents quant à la résidence de l'enfant, en distinguant suivant le mode d'exercice de l'autorité parentale.

1- Dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale :

Il sera d'abord étudié la demande des parents, puis la demande particulière des pères.

Tableau n° 10 : Demande des parents quant à la résidence

Objet de la demande	Auteur de la demande		
	Père	Mère	Total en fonction de la résidence
Résidence père	43 15,7%	26 9,5%	69 12,6%
Résidence mère	183 66,8%	233 85%	416 76%
Résidence tiers	2 0,7%	2 0,7%	4 0,7%
Résidence alternée	3 1,1%	3 1,1%	6 1,1%
Inconnue	43 15,7%	10 3,7%	53 9,6%
Total en fonction de la demande des parents	274 100%	274 100%	548 100%

Les tableaux 10 et 12 ont été calculés à partir de toutes les demandes émanant du père et de la mère pour chaque dossier, et non à partir du demandeur au divorce. Ainsi, lorsque, dans un dossier, l'un des parents ne demandait rien, sa demande a été comptabilisée parmi les demandes inconnues. En cas de requête conjointe, chaque demande (du père et de la mère) a été comptabilisée dans sa colonne respective.

Il apparaît que la résidence habituelle la plus demandée pour les enfants est toujours celle de la mère. La résidence chez la mère est, d'ailleurs, demandée aussi bien par les mères (85 % des mères demandent à ce que la résidence habituelle des enfants soit fixée à leur domicile), que par les pères (plus de 66 % souhaitent que la résidence des enfants soit fixée chez la mère).

En outre, les cas de demandes de résidence alternée ou de résidence chez un tiers sont infimes. Ces points feront l'objet de développements ultérieurs. Mais, on peut, d'ores et déjà, constater que ces demandes sont faites sous forme de requête conjointe.

Enfin, on remarque la faible demande des pères en ce qui concerne l'attribution de la résidence habituelle auprès d'eux : la proportion des pères demandant la résidence, avec l'accord ou contre la volonté de la mère, est de 15,7 % sur l'ensemble des dossiers statuant définitivement sur un exercice en commun de l'autorité parentale¹. En 1993, lors de l'enquête

¹ Ce chiffre est obtenu à partir du premier enfant de chaque dossier et du nombre de dossiers statuant sur un exercice en commun de l'autorité parentale.

précédente, elle était de 15,2 %. Cette stabilité au niveau de la demande des pères peut paraître décevante : la loi du 8 janvier 1993 et l'évolution des mentalités laissait espérer un renforcement de la demande des pères.

Tableau n° 11 : Age de l'enfant et demande du père quant à la résidence

	Résidence père	Résidence mère	Résidence alternée	Résidence chez un tiers	Résidence inconnue	Total en fonction de l'âge de l'enfant
Moins de 6 ans	5 5,6%	66 75,9%	1 1,2%	1 1,2%	14 16,1%	87 100%
De 6 à 10 ans	13 7,6%	127 75,2%	2 1,2%	1 0,6%	26 15,4%	169 100%
De 11 à 15 ans	27 20,3%	81 60,9%	1 0,8%	1 0,8%	23 17,2%	133 100%
Plus de 15 ans	13 20%	40 61,6%	1 1,5%	1 1,5%	10 15,4%	65 100%
Total en fonction de la résidence	58 12,8%	314 69,1%	5 1,1%	4 0,9%	73 16,1%	454 100%

Calculé à partir du nombre d'enfants soumis à un exercice en commun de l'autorité parentale, soit 454 et à partir de toutes les demandes de chaque père, qu'il soit ou non demandeur au divorce. Lorsqu'un père ne demandait rien, sa demande a été comptabilisée dans les demandes inconnues.

Ces tableaux, calculés cette fois-ci par rapport au nombre d'enfants soumis à un exercice en commun de l'autorité parentale, confirment les chiffres du tableau n° 12. Ainsi, la majorité des pères demandent que la résidence habituelle des enfants soit fixée chez la mère. De plus, le nombre de pères ne formulant aucune demande est important : 16,1% des demandes des pères restent inconnues.

Ce faible nombre est un peu surprenant. Il n'est pas rare, en effet, de rencontrer des pères divorçants ou ayant divorcé, persuadés d'être victime d'injustice concernant l'attribution de la résidence habituelle des enfants. Ils se plaignent d'être défavorisés par rapport à la mère des enfants devant les juges aux affaires familiales, qui se trouvent être souvent de sexe féminin.

Les résultats de l'enquête montrent que les choses sont beaucoup plus complexes. Rares sont les pères qui prennent l'initiative de demander la résidence habituelle des enfants à leur domicile. Ils ne peuvent donc pas l'obtenir...

Les entretiens avec les professionnels confirment cette tendance. Les juges comme les avocats soulignent que les pères ne sont pas plus revendicatifs, depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1993, et qu'ils renoncent à solliciter la résidence habituelle. D'ailleurs, ce manque de

revendications des pères est flagrant, lorsque l'on prend en compte le nombre important de demandes non formulées.

De plus, les données recueillies au cours de l'enquête font apparaître que pour les enfants de moins de six ans, les pères ne demandent presque jamais la résidence de l'enfant. On remarquera, cependant, que si, à Lyon, aucun des pères ne la réclame, cinq pères réclament la résidence des enfants à Nanterre.

C'est pour les enfants âgés de 11 à 15 ans que la demande des pères, en matière de résidence habituelle des enfants, est la plus importante : ils sont alors vingt-sept à la solliciter. Cette tendance des pères à demander la résidence habituelle des enfants chez eux reste assez forte pour les enfants de plus de 15 ans : ils sont alors treize pères à la réclamer.

Il convient d'observer maintenant si les caractéristiques des demandes des parents en ce qui concerne la résidence habituelle de l'enfant sont semblables dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

2- Dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale :

Afin de suivre la comparaison entre les différents modes d'exercice de l'autorité parentale, il convient de reprendre la même distinction que précédemment : la demande des parents en général, puis la demande des pères.

Tableau n° 12 : Demande des parents quant à la résidence

Objet de la demande	Auteur de la demande		
	Père	Mère	Total en fonction de l'objet de la demande
EUAP par la mère	4 15,4%	24 92,4%	28 53,8%
EUAP par le père	3 11,5%	-	3 5,7%
ECAP avec rés. chez la mère	3 11,5%	1 3,8%	4 7,7%
ECAP avec rés. chez le père	-	-	-
Inconnue	16 61,6%	1 3,8%	17 32,8%
Total en fonction de la demande	26 100%	26 100%	52 100%

Calculés à partir du nombre de dossiers statuant sur un exercice unilatéral de l'autorité parentale et à partir du premier enfant de chaque dossier.

Pour les dossiers statuant définitivement sur un exercice unilatéral de l'autorité parentale, on constate que la très grande majorité des mères (plus de 96%) demandent soit un exercice unilatéral à leur profit, soit un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence des enfants chez elle. La résidence habituelle la plus demandée par les mères, que ce soit dans le cadre d'un exercice unilatéral ou d'un exercice en commun de l'autorité parentale, est donc la leur. En outre, aucune des mères ne réclame que la résidence des enfants soit fixée chez le père, et ce, quel que soit le mode d'exercice de l'autorité parentale.

La majorité des pères (61,6%) ne formulent aucune demande en ce qui concerne la résidence habituelle des enfants. Cette absence est certainement moins la preuve d'un manque d'intérêt des pères pour leurs enfants, que le signe d'un accord implicite avec la mère.

Lorsque les pères formulent une demande, ils ont tendance à demander que la résidence des enfants soit fixée chez leur épouse : dans le cadre d'un exercice unilatéral au profit de la mère (15,4%), ou dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence chez la mère (11,5%).

De plus, seulement 11,5% des pères demandent un exercice unilatéral à leur profit.

On constate enfin qu'aucun des parents ne formule de demande en faveur d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence de l'enfant chez le père.

Tableau n° 13 : Age de l'enfant et demande du père quant à la résidence

Age de l'enfant	Demande du père					Total en fonction de l'âge de l'enfant
	EUAP mère	EUAP père	ECAP rés. mère	EC rés. père	Inconnue	
Moins de 6 ans	1 10%	-	1 10%	-	8 80%	10 100%
De 6 à 10 ans	4 19,1%	3 14,3%	1 4,7%	-	13 61,9%	21 100%
De 11 à 15 ans	1 9,1%	1 9,1%	1 9,1%	1 9,1%	7 66,6%	11 100%
Plus de 15 ans	2 28,6%	-	-	-	5 71,4%	7 100%
Total en fonction de la résidence	8 16,3%	4 8,1%	3 6,2%	1 2%	33 67,4%	49 100%

Calculé à partir du nombre d'enfants soumis à un exercice unilatéral de l'autorité parentale, soit 49.

Par rapport au nombre d'enfants soumis à l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, on observe à nouveau que la demande des pères reste en grande majorité informulée (67,4%). Il est difficile de déterminer les causes de cette absence de demande de la part des pères : désintérêt pour l'enfant, peur des responsabilités, réticence à prendre en charge financièrement un enfant à plein temps, ou, au contraire, accord implicite avec la demande de la mère...

En revanche, il est certain que le nombre de pères demandant la résidence habituelle des enfants à leur domicile est très faible et ce, quel que soit le mode d'exercice de l'autorité parentale : 8,1% des pères demandent l'exercice unilatéral à leur profit, et 2 % des pères un exercice en commun avec résidence de l'enfant chez eux.

Il convient maintenant d'étudier ce qui advient des demandes des parents.

B- La décision du juge aux affaires familiales quant à la résidence

La décision du juge aux affaires familiales sur l'attribution de la résidence habituelle de l'enfant n'a pas la même valeur lorsqu'elle est prise dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale (1), ou dans celui d'un exercice unilatéral (2).

1- Dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale :

Il convient d'examiner les modalités générales d'attribution par le juge de la résidence des enfants (a), avant d'étudier certaines situations particulières et exceptionnelles (b).

a) Modalités générales d'attribution de la résidence :

Il paraît intéressant d'examiner cette attribution de la résidence par rapport au sexe du parent, et par rapport à l'âge des enfants. De plus, il convient d'étudier si, conformément au vœu du législateur, les parents désignent eux-mêmes la résidence habituelle de l'enfant.

– L'attribution de la résidence par rapport au sexe du parent et à l'âge de l'enfant :

Tableau n° 14 : Attribution de la résidence habituelle et sexe du parent

Tribunal	Résidence				Total par tribunal
	Père	Mère	Alternée	Tiers	
Lyon 1994	22 18,3%	95 79,2%	-	3 2,5%	120 100%
Lyon 1995	11 9,2%	108 90%	1 0,8%	-	120 100%
Nanterre 1994	10 9,1%	97 88,2%	2 1,8%	1 0,9%	110 100%
Nanterre 1995	10 9,6%	92 88,5%	2 1,9%	-	104 100%
Total	53 11,7%	392 86,3%	5 1,1%	4 0,9%	454 100%

Calculés à partir du nombre total d'enfants soumis à un exercice en commun de l'autorité parentale, soit 120 † Lyon en 1994 et 1995, 110 à Nanterre en 1994 et 104 en 1995.

Il ressort de ce tableau que les mères jouissent très souvent de la résidence, puisque dans 86,3% des cas, elles obtiennent la résidence habituelle de l'enfant . Ce chiffre n'est évidemment pas une surprise : il correspond aux demandes des parents. Le tableau n° 12 faisait, en effet, apparaître que les mères, comme les pères, demandaient principalement que la résidence des enfants soit fixée chez la mère. Néanmoins, il convient d'analyser cette tendance.

Déjà, lors de l'enquête précédente, il a été constaté que la mère assumait la charge quotidienne des enfants dans 84,6% des cas et le père dans 13,5% des cas : l'attribution de la résidence au père a donc pour le moins stagné. Le tableau n° 13 indiquait que le nombre de pères demandant la résidence des enfants à leur domicile avait également stagné, l'attribution de la résidence de l'enfant paraît donc conforme à la demande des parents.

Tableau n° 15 : Attribution de la résidence habituelle et l'âge de l'enfant

Résidence	Age de l'enfant				Total en fonction de la résidence
	Moins de 6 ans	De 6 à 10 ans	De 11 à 15 ans	Plus de 15 ans	
Père	-	10 5,9%	27 20,4%	16 25%	53 11,8%
Mère	85 98,8%	156 93,5%	104 78,9%	47 73,4%	392 87,3%
Tiers	1 1,2%	1 0,6%	1 0,7%	1 1,6%	4 0,9%
Total en fonction de l'âge de l'enfant	86 100%	167 100%	132 100%	64 100%	449 100%

Chiffres calculés à partir du nombre total d'enfants soumis à l'exercice en commun de l'autorité parentale, soit 454

Ce tableau indique que plus l'enfant est jeune, plus sa résidence est attribuée à sa mère. Ce constat avait déjà été effectué lors des enquêtes précédentes.

A priori, on pourrait penser que les juges aux affaires familiales sont un peu réticents à accorder la résidence habituelle des enfants au père, le poids des traditions pouvant éventuellement guider sa décision.

Toutefois le tableau n° 13 montre que les pères ne réclament que rarement la résidence habituelle des enfants. D'ailleurs, les magistrats consultés confirment que, depuis la

mise en vigueur de la loi de 1993, la demande des pères concernant la résidence n'a pas augmenté.

Les chiffres indiquent également que lorsque les pères réclament la résidence des enfants chez eux, ils le font essentiellement pour des enfants âgés de onze à quinze ans. Conformément à leur demande, lorsque les pères obtiennent la résidence, les enfants ont principalement plus de onze ans.

Il convient également de noter que pour les enfants âgés de onze à quinze ans, toutes demandes des pères en vue de se voir attribuer la résidence ont été satisfaites.

Il est intéressant de voir également l'attribution de la résidence par rapport à l'accord des parents.

– L'attribution de la résidence en fonction de l'accord des parents :

L'attribution de la résidence doit résulter, en application de l'article 287 nouveau du Code civil, de l'accord des parents. Si cet accord paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, ou à défaut d'accord entre les parents, le juge aux affaires familiales intervient pour désigner la résidence habituelle.

Tableau n° 16 : Attribution de la résidence et accord des parents

Tribunal	Attitude des parents							Total par tribunal
	ECAP résidence père	ECAP résidence mère	ECAP résidence tiers	ECAP résidence alternée	Désaccord sur résidence enfant	Pas de réaction connue du père	Pas de réaction connue de la mère	
Lyon 1994	11 16,4%	44 65,6%	1 1,5%	-	6 9%	4 6%	1 1,5%	67 100%
Lyon 1995	6 8,7%	44 63,7%	-	1 1,5%	3 4,3%	12 17,5%	3 4,3%	69 100%
Nanterre 1994	5 7%	46 64,8%	1 1,4%	2 2,8%	5 7%	11 15,6%	1 1,4%	71 100%
Nanterre 1995	3 4,5%	47 70,2%	-	1 1,5%	6 9%	9 13,3%	1 1,5%	67 100%
Total	25 9,1%	181 66%	2 0,8%	4 1,6%	20 7,2%	36 13,1%	6 2,2%	274 100%

Calculé à partir du nombre de dossiers statuant sur un exercice en commun de l'autorité parentale et à partir du premier enfant de chaque dossier.

En premier lieu, il faut préciser que les parents peuvent être d'accord dès le début de la procédure sur l'attribution à l'un d'eux de la résidence habituelle de l'enfant. Ils peuvent également se mettre d'accord au cours de l'instance. Si le juge doit statuer sur un changement de résidence qui a été décidé au préalable, ou qui a été choisi pendant la procédure, il ne fait qu'entériner l'accord existant entre les parties. Les magistrats consultés confirment, à ce propos, qu'ils ne leur arrivent pas d'intervenir sur le choix de la résidence contre l'accord des parents. Il est donc certain que les juges aux affaires familiales tiennent compte du choix des parents quant à la résidence, conformément aux vœux du législateur. Il faut être beaucoup plus nuancé sur le point de savoir si le juge joue un rôle important pour parvenir à un accord des parents sur le choix de la résidence. En tout cas, il est clair que l'accord des parents sur le choix de la résidence existe relativement souvent : un accord est, en effet, intervenu dans 212 dossiers sur les 274 statuant définitivement sur un exercice en commun.

Certains avocats reconnaissent que l'élément primordial pour le choix de la résidence habituelle est la stabilité : éviter de nouvelles ruptures pour l'enfant dans son milieu géographique ou scolaire. Dans leur ensemble, les avocats interrogés affirment qu'il s'agit de favoriser le cadre habituel de l'enfant et donc de provoquer l'accord des parents en ce sens. Si le choix de la résidence habituelle résultant de l'ordonnance de non conciliation leur paraît favorable, les avocats, comme les magistrats, essaient d'amener les parents à un accord sur ce point, en invoquant justement l'opportunité d'un tel choix.

En deuxième lieu, on constate que dans 42 des 274 dossiers statuant définitivement sur un exercice en commun de l'autorité parentale, l'un des parents, généralement le père (dans 36 dossiers), ne formule aucune demande. Cette absence de réaction est soit le résultat d'un accord implicite entre les époux, soit au contraire la marque d'un désintérêt vis à vis de la situation de l'enfant.

En troisième lieu, il est intéressant de remarquer que dans seulement 20 dossiers sur 274, il existe un véritable conflit entre les parents sur le choix de la résidence de l'enfant. 8 dossiers sur 20 sont relatifs à un désaccord des parents à propos des modalités de l'exercice de l'autorité parentale : l'un des parents demandait l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, qu'il n'a pas obtenu. Dans les 12 autres, il y a désaccord sur le choix de la résidence habituelle de l'enfant : les parents sont d'accord sur la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale, mais pas sur le lieu où l'enfant doit résider. En ce cas, le juge aux affaires familiales tranche dans l'intérêt de l'enfant : dans sept dossiers, il s'est prononcé en faveur d'une résidence habituelle chez la mère et dans cinq dossiers, pour une résidence habituelle chez le père. Il semble donc que l'inégalité entre le père et la mère n'est ni évidente ni marquée. La prépondérance de la résidence de l'enfant chez sa mère est le plus souvent liée au faible nombre de demandes de résidence de l'enfant chez son père.

b) Conditions particulières d'attribution de la résidence

Trois modalités particulières d'attribution de la résidence des enfants seront ici étudiées†: la résidence chez un tiers, la résidence dite "alternée", ainsi que l'hypothèse de partage de la fratrie entre les deux parents.

– *Le placement de l'enfant chez un tiers :*

Les juges aux affaires familiales ne recourent que très rarement à la modalité du placement chez un tiers. Dans deux dossiers sur les trois cents étudiés, une telle mesure a été ordonnée (une fois à Lyon et une fois à Nanterre).

Lors des entretiens, les magistrats avaient affirmé que cette décision était généralement prise soit à la demande des parents eux-mêmes, l'enfant étant confié aux grands-parents ou à une tante, soit dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative antérieure au divorce, le juge aux affaires familiales réservant sa décision dans l'attente de celle du juge des enfants.

Dans le dossier consulté à Lyon, les trois enfants font l'objet d'une mesure d'assistance éducative et sont placés par le juge des enfants. La qualité du tiers n'est pas précisée. Cette mesure de placement s'effectue dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale et à la demande des parents qui avaient, tous deux, sollicité la confirmation des mesures provisoires ayant prévu cette organisation. Les deux parents se sont vu attribuer un droit de visite et d'hébergement identique de type standard, à savoir, une fin de semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires.

Le dossier de Nanterre présente de très grandes similitudes avec le dossier de Lyon : l'enfant âgé de quatre ans avait fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative et avait été placé chez un tiers, sans que son lien de parenté avec l'enfant ne soit précisé. L'ordonnance de non conciliation s'était prononcée en faveur d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Les parents demandent la confirmation de ces mesures. Le juge donne acte à toutes les demandes des parents. Les droits de visite et d'hébergement du père et de la mère sont fixés dans l'ordonnance de placement du juge des enfants, mais cette ordonnance n'est pas présente au dossier.

Dans ces dossiers, l'organisation des modalités de l'exercice en commun de l'autorité parentale aboutissait à un partage égal du temps des enfants entre les deux parents ; la résidence alternée poursuit le même objectif, mais dans des conditions très différentes.

– *La résidence alternée :*

Cette seconde modalité est aussi exceptionnelle que le placement de l'enfant chez un tiers. Sur l'ensemble des trois cents dossiers, seulement trois prévoient une résidence alternée, un à Lyon et deux à Nanterre. Plus précisément, ce type de résidence concerne cinq enfants sur 454 (Cf. Tableau n° 14).

Dans le dossier de Lyon, les parents ont divorcé sur requête conjointe. Dans l'ordonnance de non conciliation, le juge a statué en faveur d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence alternée une semaine chez le père et une semaine chez la mère de l'enfant âgé de 6 ans. Les parents demandent la confirmation des mesures provisoires. Le juge homologue leur accord et fixe la résidence de l'enfant alternativement une semaine chez la mère et une semaine chez le père sans référence à un droit de visite et d'hébergement. Certes, d'un point de vue strictement formel, il ne s'agit pas d'une résidence alternée.

A Nanterre, le premier dossier est similaire en tous points au dossier de Lyon, mais il s'agit de deux enfants âgés de 8 et 5 ans. Le second dossier sort quelque peu de l'ordinaire. Les enfants concernés sont âgés de 14 et 17 ans. Les parents divorcent sur requête conjointe. L'ordonnance de non conciliation est prononcée en faveur d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence alternée : pour le fils, les six premiers mois de l'année chez le père et les six derniers mois chez la mère et pour la fille, l'inverse, avec un libre droit de visite et d'hébergement pour chaque parent. Ceux-ci demandent la confirmation des mesures provisoires et l'obtiennent.

Il est permis de s'interroger sur de tels dossiers, surtout après les condamnations successives par la Cour de cassation¹ de la garde dite "alternée" et l'hostilité de la loi du 22 juillet 1987². Comme le souligne, cependant, Hugues Fulchiron³, "le plus sage serait sans doute d'abandonner tout a priori et de confier au juge le soin de rechercher au cas par cas la solution la mieux adaptée à chaque situation".

D'ailleurs, d'après les entretiens avec les magistrats, cette pratique reçoit leur approbation dès lors qu'elle semble être dans l'intérêt de l'enfant. En outre, les avocats interrogés ne sont pas hostiles à cette modalité, simplement, ils affirment ne pas en parler à leurs clients, préférant attendre qu'ils expriment ce souhait. Les avocats sont, tout de même, obligés de déguiser cette demande en sollicitant un droit de visite et d'hébergement très large avec la résidence chez un seul parent. Les magistrats ne sont pas dupes, et s'ils sont unanimes pour affirmer qu'ils mettent systématiquement en garde les parents sur la complexité du système par eux choisi, ils reconnaissent l'admettre dès lors que l'intérêt de l'enfant est préservé, et ce d'autant plus facilement que la résidence alternée a déjà été mise en oeuvre avec succès par les parents avant la décision de divorce.

¹ Civ. 1-, 21 mars 1983, RTDCiv. 1984,95, obs. J. Rubellin-Devichi ; Civ. 1-, 2 mai 1984, RTDCiv. 1984, 691, Obs. J. Rubellin-Devichi.

² En effet, dans cette loi, dite loi "Malthuret", le nouvel article 287 avait été rédigé comme suit : "le juge indique le parent chez lequel les enfants auront leur résidence habituelle". Ainsi formulé, cet article condamnait les pratiques de garde alternée.

³ Note, sous Lyon, 5 octobre 1993, JCP 1994, II, 22 231.

La condition essentielle à la mise en oeuvre d'une résidence alternée pour les magistrats est l'accord des parents. Dans les trois dossiers concernés, cette condition est remplie. D'ailleurs, dans tous les cas, les parents ont divorcé sur requête conjointe. De plus, ce système nécessite une proximité des domiciles respectifs des parents, ce qui, là encore est respecté dans les dossiers.

S'il est exceptionnel que le juge ait recours à un hébergement alterné, le partage de la fratrie est plus couramment ordonné.

– La division de la fratrie :

Il se peut que les différents enfants d'un même couple ne résident pas ensemble chez le même parent. Certains des enfants ont leur résidence habituelle chez le père tandis que d'autres ont leur résidence chez la mère¹.

Ce partage s'effectue toujours en fonction de l'âge de l'enfant, le père ayant ainsi la résidence des enfants les plus âgés et la mère, celle des enfants les plus jeunes : dans les neuf dossiers où il existe des cas de fratrie séparée, les enfants résidant chez leur père ont une moyenne d'âge de quatorze ans et demi, tandis que ceux résidant chez leur mère ont une moyenne d'âge de neuf ans, sans que leur âge excède onze ans.

Il ressort des entretiens avec les magistrats que cette mesure reste essentiellement limitée aux hypothèses où un enfant est âgé et exprime le souhait de ne pas rester avec les autres. L'accord des parents sur ce point ne suffit donc pas, car le juge vérifie que le souhait des parents est conforme à l'intérêt de l'enfant. Toutefois, il est tout de même utile de remarquer que dans tous les cas rencontrés, les parents étaient d'accord sur ces modalités.

De plus, d'après le tableau suivant, on peut remarquer que le nombre de fratries séparées est beaucoup moins important à Nanterre (un dossier sur 150) qu'à Lyon (huit dossiers sur 150).

¹ Il convient de signaler à ce sujet la récente loi n°96-1238 du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et soeurs qui insère dans le Code civil un article 371-5. Cet article est ainsi rédigé : "l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et soeurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et soeurs". Cette loi a été publiée au JO du 1er janvier 1997, p 21.

**Tableau n° 17 : Enfants d'une même fratrie séparés dans le cadre
d'un exercice en commun de l'autorité parentale**

Tribunal	Condition des enfants		
	Enfants chez le même parent	Enfants séparés	Total par tribunal
Lyon 1994	29 82,8%	6 17,2%	35 100%
Lyon 1995	32 94,1%	2 5,9%	34 100%
Nanterre 1994	32 96,7%	1 3,3%	33 100%
Nanterre 1995	30 100%	-	30 100%
Total en fonction de la condition des enfants	123 93,2%	9 6,8%	132 100%

Calculé à partir du nombre de dossiers statuant sur un exercice en commun de l'autorité parentale et comportant deux enfants et plus.

Dans ces hypothèses de fratrie séparée, le droit de visite et d'hébergement des parents est organisé de telle façon que les enfants se retrouvent les week-ends et les vacances scolaires en fixant le droit de visite de la mère les première, troisième et cinquième fins de semaines et celui du père, les deuxième et quatrième fins de semaine. Dans huit hypothèses sur neuf, le droit de visite des parents est libre à défaut standard. Dans une hypothèse, il est libre à défaut large.

Les cas de fratrie séparée sont absents des décisions statuant sur un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Il est d'ailleurs intéressant d'examiner l'attribution de la résidence pour cette modalité.

2- Dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale :

Il convient d'étudier comment est attribué l'exercice unilatéral de l'autorité parentale en fonction du sexe du parent (a), puis, d'observer cette attribution en fonction de l'accord des parents (b).

a) L'exercice unilatéral de l'autorité parentale et le sexe du parent :

Tableau n° 18 : Attribution de la résidence et sexe du parent

Tribunal	Décision		
	EUAP mère	EUAP père	Total par tribunal
Lyon 1994	7	1	8
Lyon 1995	6	-	6
Nanterre 1994	4	-	4
Nanterre 1995	8	-	8
Total	25	1	26

Calculé à partir du nombre de dossiers statuant sur un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Ce tableau ne peut pas être plus significatif : dans 25 dossiers sur les 26 statuant sur un exercice unilatéral de l'autorité parentale, l'exercice unilatéral est confié à la mère. Il n'existe qu'un seul dossier où l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est confié au père.

Le tableau n° 13 indique, d'ailleurs, que la résidence habituelle la plus demandée par les épouses est celle de la mère, quel que soit le mode d'exercice de l'autorité parentale. D'après ce même tableau, aucune des mères ne réclame que la résidence de l'enfant soit fixée chez le père sous forme d'un exercice conjoint ou unilatéral de l'autorité parentale. Quant aux pères, ils ne forment souvent aucune demande. Lorsqu'ils en formulent une, ils ont tendance à demander que la résidence des enfants soit fixée chez leur épouse, principalement dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale. C'est pourquoi, il semble intéressant de voir l'influence de l'accord ou du désaccord entre les parents sur l'attribution de la résidence.

b) L'attribution de la résidence et l'accord des parents

Tableau n° 19 : Attribution de la résidence et accord des parents

	Accord des parents pour EUAP	Désaccord des parents	Pas de réaction du père	Pas de réaction de la mère	Total par tribunal
Lyon 1994	-	2	5	1	8
Lyon 1995	3	-	3	-	6
Nanterre 1994	1	2	1	-	4
Nanterre 1995	-	-	8	-	8
Total	4	4	17	1	26

Calculé à partir du nombre de dossiers statuant sur un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Dans seulement 4 dossiers sur les 25 qui accordent un exercice unilatéral de l'autorité parentale à la mère font état d'un accord des parents ; pour 17 d'entre eux, le père ne réagit pas ; 4 sont le cadre d'un véritable conflit entre les parents.

Ainsi, les circonstances entre l'exercice en commun de l'autorité parentale et l'exercice unilatéral sont réellement différentes : alors que dans le cadre d'un exercice en commun, l'accord des parents prédomine, dans le cadre d'un exercice unilatéral, c'est l'absence de réaction du père qui est la plus fréquente et qui engendre donc un exercice unilatéral au profit de la mère.

De plus, sur les 4 dossiers dans lesquels il existe un véritable conflit entre les parents, 2 reproduisent exactement les mêmes faits : la mère demande l'exercice unilatéral à son profit, le père un exercice conjoint avec résidence des enfants chez le père. Les juges aux affaires familiales saisi de ces dossiers tranchent en faveur d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale par la mère, après avoir suivi les conclusions d'une enquête sociale dans le premier cas, et d'une expertise avec audition des parents dans le second. Un troisième dossier montre un conflit exacerbé entre les parents : les parents demandent chacun l'exercice unilatéral à leur profit. Le juge statue en faveur d'un exercice unilatéral par la mère sans ordonner de mesures d'accompagnement. Il faut préciser que cette décision a sans doute été influencée par le fait que le père résidait en Thaïlande. Dans le quatrième dossier, la mère demande un exercice unilatéral

à son profit, le père un exercice conjoint avec résidence des enfants chez lui ; le juge statue en faveur d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale par la mère en motivant sa décision dans l'intérêt de l'enfant en raison de la violence du père.

Enfin, pour l'unique dossier accordant un exercice unilatéral de l'autorité parentale au profit du père, cette décision est le résultat de l'absence de réaction de la mère qui n'a pas comparu.

Une fois la résidence habituelle de l'enfant déterminée, ou le mode d'exercice de l'autorité parentale fixé, la tâche du juge aux affaires familiales ne s'arrête pas là.

Par. 2 : L'organisation des relations personnelles entre l'enfant et ses parents

Le juge aux affaires familiales ne doit, en principe, statuer que sur la réglementation du droit de visite et d'hébergement (A). Or, on constate qu'il intervient aussi à la demande des parents pour aménager de façon plus précise les relations entre les parents et les enfants (B).

A- L'organisation du droit de visite et d'hébergement :

Deux constantes reviennent autant dans les propos des avocats que dans ceux des magistrats : d'une part, la nécessité de fixer un cadre qui garantisse au parent n'ayant pas la résidence un minimum de contacts avec l'enfant, d'autre part, la volonté des magistrats et des avocats de mettre en place un droit de visite et d'hébergement le mieux adapté aux rythmes de vie des deux parents et à l'intérêt de l'enfant.

La loi du 8 janvier 1993 n'a rien prévu sur les modalités du droit de visite et d'hébergement dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Pourtant, il est constant que deux paramètres essentiels viennent influencer les modalités de l'exercice du droit de visite et d'hébergement : le mode d'exercice de l'autorité parentale (1) et l'âge de l'enfant (2).

1- Le droit de visite et d'hébergement et le mode d'exercice de l'autorité parentale :

Les modalités du droit de visite et d'hébergement varient en fonction du mode d'exercice de l'autorité parentale instauré par le juge aux affaires familiales.

Tableau n° 20 : Droit de visite et d'hébergement et exercice de l'autorité parentale

	Exercice unilatéral de l'autorité parentale	Exercice en commun de l'autorité parentale	Total en fonction du DVH
DVH large	-	4 0,9%	4 0,8%
DVH libre	2 4,1%	17 3,8%	19 3,8%
DVH libre à défaut réduit	5 10,2%	26 5,7%	31 6,2%
DVH libre à défaut large	-	31 6,8%	31 6,2%
DVH libre à défaut réservé	1 2%	-	1 0,2%
DVH libre à défaut standard	-	315 69,4%	315 62,6%
DVH standard	6 12,3%	30 6,6%	36 7,1%
DVH réduit	4 8,2%	15 3,3%	19 3,8%
DVH réservé	21 42,8%	4 0,9%	25 5%
DVH inconnu	-	5 1,1%	5 0,9%
Pas de DVH	10 20,4%	7 1,5%	17 3,4%
Total en fonction du MEAP	49 100%	454 100%	503 100%

Calculés à partir du nombre total d'enfants, soit 503.

a) Le droit de visite et d'hébergement dans le cadre de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale :

Les hypothèses d'exercice unilatéral de l'autorité parentale révèlent soit un conflit parental très exacerbé, soit, au contraire, une absence totale de manifestation de la part de l'un des parents. Il semble donc que le recours par les juges aux affaires familiales à l'exercice unilatéral de l'autorité parentale soit devenu l'exception réservée aux situations les plus critiques, suivant ainsi le vœu du législateur.

Ces constatations rejoignent les propos des magistrats qui affirment que la discussion ne porte que rarement sur la nature de l'exercice de l'autorité parentale mais plutôt sur les détails de son organisation. Ils estiment que le choix d'un exercice unilatéral se fait souvent en raison du fait que la discussion avec les parents laisse rapidement apparaître des problèmes de communication importants qui seraient immédiatement générateurs de contentieux post-divorce.

Ainsi, il n'est pas étonnant que, dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale, le droit de visite et d'hébergement soit inexistant ou réservé dans plus de 60 % des cas rencontrés. Lorsque ce droit de visite et d'hébergement est réservé ou inexistant, il s'agit toujours de situations très particulières : le parent n'a pas comparu, il se désintéresse de l'enfant, il est violent, il est incarcéré¹ ou encore, il réside à l'étranger. De même, dans les hypothèses de droit de visite et d'hébergement libre à défaut réduit, ou bien le parent non hébergeant est violent, ou bien il n'est pas très disponible et les parents ont eux mêmes choisi cette modalité.

Dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale, le droit de visite et d'hébergement est très rarement de type libre (4,1%), pour les raisons expliquées ci-dessus. Les seuls cas rencontrés correspondent à des situations dans lesquelles l'enfant a plus de quinze ans, ou dans lesquelles la mère a assumé seule l'éducation de l'enfant et s'arrange avec le père pour fixer un droit de visite à l'amiable.

b) Le droit de visite et d'hébergement dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale :

Au contraire, dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, le droit de visite et d'hébergement le plus fréquent est celui de type libre à défaut standard : il représente près de 70 % des cas. Ce droit de visite et d'hébergement de type habituel permet, peut être, de prévenir un contentieux de l'après-divorce. Mais, on peut le voir également comme le résultat de l'utilisation de l'informatique, qui risque d'engendrer une certaine uniformisation des pratiques.

Il est vrai qu'il fait parfois l'objet d'adaptations. La première adaptation du droit de visite libre à défaut standard concerne le commencement de la fin de semaine qui varie essentiellement en fonction des rythmes scolaires des enfants du vendredi soir au samedi midi. Ainsi, à Lyon, sur les 772 dossiers où ce type de droit de visite et d'hébergement a été fixé, 73 prévoient un horaire précis (vendredi 18 h. ou 19 h., samedi 10 h. ou 12 h.) ou approximatif (vendredi ou samedi sortie des classes). La fin du droit de visite et d'hébergement est, pour les dossiers la précisant,

¹ A propos du droit de visite du père détenu en maison d'arrêt, il semble que les points de vue soient contradictoires. En effet, dans les dossiers examinés, le droit de visite du père incarcéré est réservé ou inexistant. Cependant, il existe des décisions qui préfèrent rétablir le droit de visite. Ainsi, dans un arrêt du 30 mars 1993, la Cour d'appel d'Aix en Provence énonce que "même si une maison d'arrêt n'est pas un lieu idéal pour un enfant âgé de quatre ans, un père possède un droit imprescriptible de pouvoir être en relation avec son enfant ; de fait, les maisons d'arrêt actuelles sont pourvues d'un équipement pour ce genre de visite et la présence du personnel pénitentiaire est une garantie de sécurité". CA Aix en Provence, 30 mars 1993, Juris Data n° 041294, JCP 1993, IV, n° 2565.

² Calculés sur les deux années.

quasiment systématiquement fixée au dimanche soir ; seulement cinq dossiers sur les soixante dix-sept la fixent au lundi matin.

Le droit de visite et d'hébergement dit "standard" (première, troisième et cinquième fins de semaine de chaque mois et la moitié des vacances scolaires) est souvent présenté comme une trame minimale, généralement adaptée aux rythmes des parents. Mais, ce type de droit de visite et d'hébergement est parfois dénoncé comme le résultat inadapté de la bureaucratie. Il est toutefois rare puisqu'il ne représente que 6,6% des cas.

L'organisation du droit de visite et d'hébergement est souvent révélateur de l'atmosphère et du climat qui règnent dans les rapports entre les parents.

Ainsi, le droit de visite et d'hébergement est large, lorsque les parents en ont exprimé le souhait par requête conjointe. Les juges ont toujours fait droit à cette demande et ce, quel que soit l'âge de l'enfant.

Le droit de visite et d'hébergement libre se rencontre lorsqu'il y a accord des parents ou bien, lorsque l'enfant a plus de quinze ans.

Le droit de visite libre à défaut large est attribué soit lorsqu'il y a accord des parties, soit dans les hypothèses de résidence alternée. Dans un seul dossier, il a été accordé malgré la volonté contraire de la mère, à un père car il travaillait le samedi et qu'il était libre le mercredi. Le juge a fixé le droit de visite et d'hébergement du père les premières, troisièmes et cinquièmes fins de semaines de chaque mois du samedi 15H30 au dimanche 19H30 et du mardi à 19 h. au jeudi matin.

Lorsque le droit de visite est réduit ou libre à défaut réduit, il est constaté soit un accord des parents pour fixer un tel droit de visite et d'hébergement, soit l'éloignement des domiciles des parents¹.

Dans tous les cas, une large place est faite à l'accord des parents. De ce point de vue, la volonté du législateur est respectée.

L'inexistence du droit de visite et d'hébergement est soit la conséquence de l'âge de l'enfant qui va avoir 18 ans², soit le résultat de situations particulières, par exemple, lorsque le père est en détention. Dans ce cas précis, le juge a prévu la possibilité de rencontres entre l'enfant et le père au parloir de la prison, par l'intermédiaire d'une association. La décision

¹ On peut d'ailleurs regretter la position adoptée par la Cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt du 21 septembre 1994. Dans cet arrêt, en effet, la Cour énonce que : "pour des raisons uniquement pratiques et compte tenu de l'éloignement des deux parents, l'autorité parentale exclusive sur les enfants issus d'un mariage dissous par un jugement de divorce peut être accordée à un seul des deux anciens époux". Cette décision est d'autant plus regrettable qu'elle précise : "que des enfants nés en France d'un mariage célébré en France entre un ressortissant français et un étranger doivent être considérés comme ayant une culture française prédominante et leur intérêt commande que l'autorité parentale soit confiée exclusivement au parent français s'il est capable de pourvoir à l'éducation des enfants tant matériellement que moralement". N'aurait-il pas été préférable de statuer en faveur d'un exercice en commun de l'autorité parentale en accordant au père un droit de visite libre à défaut réduit ou réduit, plutôt que de le "couper" de la sorte de ses origines étrangères ? CA Toulouse, 21 septembre 1994, Juris Data n° 045620, JCP 1995, IV, 222.

² Dans ces cas, le juge aux affaires familiales n'estime pas nécessaire de fixer un droit de visite et d'hébergement pour les quelques mois qui restent jusqu'à la majorité de l'enfant.

prévoit également la possibilité de mettre en place un droit de visite et d'hébergement à la sortie de prison. Dans un autre dossier, la mère n'a pas le droit d'héberger les enfants en raison de son alcoolisme et a l'interdiction de les transporter en voiture.

Les modalités du droit de visite et d'hébergement varient aussi en fonction de l'âge de l'enfant.

2- Le droit de visite et d'hébergement et l'âge des enfants :

Plus l'enfant est âgé, plus le droit de visite et d'hébergement tend à devenir large. Les juges affirment refuser que l'enfant soit le maître de son droit de visite et éviter de laisser croire à l'enfant, qui a été écouté par eux, que le droit de visite et d'hébergement a été fixé conformément à son souhait¹.

Cependant, il apparaît clairement qu'à partir du moment où l'enfant atteint l'âge de quinze ans sa volonté entre plus en ligne de compte dans l'exercice du droit de visite, que celui-ci soit laissé libre ou qu'il reste standard.

¹ D'ailleurs, dans un arrêt du 11 octobre 1995, la Cour de cassation a cassé une décision rendue par la Cour d'appel de Montpellier qui avait suspendu l'exercice du droit de visite du père sur ses enfants jusqu'à une manifestation contraire de la volonté de ceux-ci. Cass. Civ. 2^{ème}, 11 octobre 1995, Juris Data n° 002466, JCP 1995, IV, 2486

**Tableau n° 21 : Droit de visite et d'hébergement et âge des enfants
dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale**

	Enfants de moins de 6 ans	Enfants de 6 à 10 ans	Enfants de 11 à 15 ans	Enfants de plus de 15 ans	Total en fonct. du DVH
DVH large	1 1,2%	3 1,8%	-	-	4 0,9%
DVH libre	-	1 0,6%	3 2,3%	13 20%	17 3,7%
DVH libre à défaut large	8 9,2%	14 8,3%	7 5,4%	2 3,1%	31 6,8%
DVH libre à défaut standard	59 67,9%	122 72,2%	100 75,2%	34 52,3%	315 69,4%
DVH libre à défaut réduit	3 3,4%	10 5,9%	8 6%	5 7,7%	26 5,7%
DVH standard	7 8%	8 4,7%	8 6%	7 10,8%	30 6,7%
DVH réduit	4 4,5%	7 4,1%	4 3%	-	15 3,3%
DVH réservé	1 1,2%	1 0,6%	1 0,7%	1 1,5%	4 0,9%
Pas de DVH	2 2,3%	2 1,2%	1 0,7%	2 3,1%	7 1,5%
DVH inconnu	2 2,3%	1 0,6%	1 0,7%	1 1,5%	5 1,1%
Total en fonction de l'âge de l'enfant	87 100%	169 100%	133 100%	65 100%	454 100%

Calculés à partir du nombre total d'enfants soumis à l'exercice en commun de l'autorité parentale, soit 454.

Il résulte des tableaux précédents que le droit de visite et d'hébergement libre bénéficie davantage aux enfants de plus de quinze ans. De plus, il a déjà été précisé que le droit de visite large a toujours été le résultat de l'accord des parents et ce quelque soit l'âge de l'enfant.

Le droit de visite libre à défaut standard est bien réparti dans toutes les tranches d'âge. Mais, il faut remarquer, tout de même, que cette modalité prédomine lorsque les enfants ont entre onze et quinze ans, puisque ce type de droit de visite est fixé pour 75,2% des enfants de cette tranche d'âge. Il reste important lorsque les enfants ont entre six et dix ans, puisque 72,2 % des enfants sont alors concernés.

L'âge de l'enfant entraîne donc certaines adaptations du droit de visite et d'hébergement.

En outre, dans deux dossiers, le juge a recours pour des enfants très jeunes et dans des situations conflictuelles, à une progressivité du droit de visite et d'hébergement afin de permettre à l'enfant de s'habituer au parent non hébergeant (en général, le père). Cette progressivité peut s'accomplir dans le cadre d'un lieu dit neutre, tel l'association lyonnaise Colin Maillard. Ainsi, dans un dossier concernant deux enfants, trois étapes sont prévues avant qu'un droit de visite et d'hébergement "standard" soit mis en oeuvre :

- le premier mois, le père se voit attribuer un droit de visite limité, aux premier et troisième dimanche de chaque mois de 14 h. à 18 h. au siège de l'association ;
- du deuxième au quatrième mois, le père viendra chercher les enfants à l'association le dimanche à 10 h. pour les y ramener à 18 h. ;
- à partir du cinquième mois, le droit de visite du père devient standard : du samedi 12 h. au dimanche 19 h. les premières et troisièmes fins de semaines de chaque mois et la moitié des vacances scolaires.

Le juge doit en principe se contenter de fixer le droit de visite et d'hébergement du parent qui n'a pas la résidence habituelle de l'enfant. Pourtant, il est constaté une intervention du juge dans les détails de l'organisation des relations entre l'enfant et ses parents.

B- Les aménagements particuliers des relations entre l'enfant et ses parents :

L'alinéa 3 de l'article 287 du Code civil, dans sa nouvelle rédaction, dispose que : "les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale". Il semble que cette disposition ait permis au juge aux affaires familiales de répondre à des problèmes concernant l'éducation de l'enfant (2) ou d'aménager de façon très précise l'organisation du droit de visite et d'hébergement (1), ce quel que soit le mode d'exercice de l'autorité parentale adopté. Ces interventions sont toujours effectuées à la suite de la demande de l'un des parents.

1- L'intervention du juge aux affaires familiales dans les détails de l'organisation du droit de visite et d'hébergement :

Cette intervention n'est pas très fréquente, mais, elle est suffisamment importante pour être soulignée. Les magistrats justifient ces précisions par le fait qu'il faut éviter le retour des parents devant le juge et tenter de "dégonfler le conflit" en rassurant le parent inquiet sur tous les points qui pourraient poser problème. Cette intervention des magistrats semble donc nécessaire, même si le législateur n'a rien prévu à ce sujet.

Ainsi, il arrive que les juges désignent dans leur décision la personne chargée d'aller chercher ou de ramener l'enfant. Il en est ainsi dans 29 dossiers sur les 300 étudiés.

En outre, les juges sont intervenus à la demande des parents, dans dix dossiers, pour déterminer qui supporterait les frais de transports. Dans cinq dossiers, ces frais sont à la charge du père, qui exerce le droit de visite et d'hébergement. Dans quatre dossiers, il y a partage des frais entre les deux parents, alors que le droit de visite et d'hébergement est exercé par le père. Dans un dossier, ils sont à la charge de la mère, qui exerce le droit de visite et d'hébergement, à hauteur de 800 francs pour chaque aller-retour, le reste étant dû par le père.

Il arrive également que les juges envisagent, toujours à la demande des parents, l'organisation précise des vacances scolaires. Par exemple, dans un dossier, il est prévu que le père règlera les frais de colonie pendant la période où l'enfant aurait dû résider avec lui. De même, dans un cas, le père doit prévenir la mère un mois avant le départ pour les vacances scolaires.

L'obligation de prévenir l'autre parent préalablement à l'exercice du droit de visite et d'hébergement est présente dans quatre dossiers seulement sur les trois cents examinés. Par exemple, dans un dossier, le père a obtenu la possibilité de changer son droit de visite et d'hébergement, en cas d'impossibilité de l'exercer, pour le mettre en milieu de semaine, à condition de prévenir la mère un mois auparavant. Cette précision est motivée par le fait que le père travaille en fin de semaine, puisqu'il est commerçant. On remarque ainsi la volonté du juge de favoriser les liens entre l'enfant et le parent non hébergeant, sans pour autant, compliquer les relations avec la personne titulaire de la résidence habituelle.

Dans un seul cas, il est précisé que l'enfant dépend fiscalement et administrativement de sa mère.

En revanche, il faut remarquer que le droit de visite et d'hébergement est pratiquement toujours étendu au jour férié qui le précède ou qui le suit. Cette modalité est nouvelle car elle n'a pas été constatée lors de l'enquête précédente sur l'application de la loi Malhuret. Là encore, il semble que cette modalité résulte d'une certaine uniformisation des pratiques due à l'informatique. Mais, cette pratique présente le mérite d'éviter un éventuel conflit entre les parents postérieur au divorce.

Il se peut également que le juge utilise les services de lieux dits neutres pour l'exercice du droit de visite et d'hébergement. L'avantage de ces lieux est la présence de travailleurs sociaux chargés de veiller au bon déroulement des droits de visite et d'hébergement. Dans les hypothèses de conflits très exacerbés entre les parents, ces travailleurs sociaux peuvent jouer le rôle de "sas" pour éviter que les parents ne se rencontrent¹. Le recours aux lieux dits neutres, soit comme lieu

¹ Pour plus de détails sur ces points rencontre, Cf. "Enfants, parents, séparations : Des lieux d'accueil pour l'exercice du droit de visite et d'hébergement" Ouvrage collectif, Fondation de France, Les cahiers n° 8, Novembre 1994.

d'échange des enfants, soit comme lieu d'exercice du droit de visite, reste cependant exceptionnel : dans cinq dossiers seulement sur les trois cents étudiés, cette modalité est expressément prévue par le juge.

En outre, le droit de visite et d'hébergement est parfois accompagné d'une interdiction de sortie du territoire sans une autorisation expresse de l'autre parent. Dans cinq dossiers sur les 300 examinés, le juge aux affaires familiales prend soin de préciser, dans sa décision, cette interdiction. Cette précision a pour but d'éviter les problèmes d'enlèvement international d'enfants. Elle est toujours adressée au père, et dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale par la mère dans quatre cas sur cinq. Cette interdiction est toujours prononcée à la demande de la mère, par crainte que le père n'emmène l'enfant à l'étranger. Huit enfants sont concernés : l'un a moins de six ans, cinq ont entre six et dix ans et deux ont entre dix et quinze ans. Il n'est pas toujours possible de déterminer la nationalité des parents. Dans deux dossiers sur cinq, on constate cependant que le père est algérien ¹.

Enfin, dans un dossier, où il y a exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence chez la mère, le juge fait obligation au père de justifier de l'endroit où il entend amener l'enfant pour son droit de visite et d'hébergement, qui se trouve être d'ailleurs libre à défaut réduit. Cependant, le dossier ne rend pas compte du motif qui a justifié cette décision.

Le juge aux affaires familiales intervient également pour d'autres problèmes liés à l'éducation de l'enfant.

2- Autres aménagements :

Il arrive que le juge intervienne à la demande des parents pour répondre à des problèmes concernant l'éducation de l'enfant. Ces problèmes sont, d'ailleurs, particulièrement concrets et précis. Ils ont trait à l'école, à la religion de l'enfant ou encore au cadre familial qui entoure cet enfant.

Il est vrai que ces problèmes sont exceptionnellement soulevés lors du divorce. En effet, sur les 300 dossiers étudiés, seuls 3 posent des questions d'éducatons.

Dans un dossier, il est précisé que la mère devra être présente lors des contacts de l'enfant avec son grand-père maternel, car ce dernier avait procédé à des attouchements sexuels sur sa petite fille. Une enquête sociale avait d'ailleurs été ordonnée par le juge aux affaires familiales à la demande du père de l'enfant âgé de quatre ans. Cette enquête sociale ne concernait que le grand-père et était favorable à la présence de la mère lors des rencontres entre le grand père et

¹A ce propos, il faut noter l'existence d'une décision du Tribunal administratif de Lyon qui condamne l'Etat à verser 80 000 Francs d'indemnités à la mère d'un enfant, car, malgré l'enregistrement d'une opposition judiciaire au fichier des personnes recherchées par les services de polices, le père avait pu se rendre en Suisse avec son fils qu'il avait ensuite emmené au Liban. Cette interdiction de sortir l'enfant du territoire français avait été décidée par le juge aux affaires matrimoniales dans le cadre d'un divorce. Trib. adm. Lyon, 19 février 1992, JCP 1993, 2, IV, n° 903.

sa petite fille. Le juge aux affaires familiales prononça un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence de l'enfant chez la mère et un droit de visite et d'hébergement du père libre.

Dans une autre hypothèse, le problème touche à la religion de l'enfant. Le père réclame que son droit de visite et d'hébergement soit élargi de sept jours par mois en fonction des fêtes juives. La mère s'y oppose. Le juge accorde, tout de même, un droit de visite élargi à deux mercredis par mois de 10 heures à 19 heures. La décision ne mentionne pas la religion de la mère. Il est intéressant de remarquer que cet élargissement du droit de visite et d'hébergement du père ne satisfait sans doute pas ce dernier pleinement, puisque les fêtes religieuses juives n'ont pas lieu le mercredi, mais plutôt le samedi.

Enfin, un dossier soulève un problème éducatif pour le moins surprenant, puisqu'il est précisé dans la décision que la mère s'engage à adresser régulièrement au père les bulletins scolaires de l'enfant et à donner toutes informations concernant leurs problèmes tant scolaires que médicaux. Surtout, il est extraordinaire que cette précision soit effectuée dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Il s'agit d'un cas qui peut susciter quelques doutes sur la notion d'exercice en commun de l'autorité parentale. D'après l'article 288 du Code civil en effet, même le parent non titulaire de l'autorité parentale conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants et doit être informé, en conséquence, des choix importants relatifs à la vie de ces derniers. On peut donc se demander si, dans une décision statuant sur un exercice en commun de l'autorité parentale, cette précision n'est pas superflue.

Avant de conclure, il faut remarquer l'absence, dans les trois cents dossiers étudiés, de fixation de droit de visite chez un tiers. On pourrait, en effet, imaginer qu'à l'occasion du divorce, un tiers, comme un grand-parent par exemple, réclame un droit de visite, comme le permet l'article 371-4 du Code civil. Cet article dispose que : " les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands parents ; à défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le juge aux affaires familiales"¹.

Quant à la possibilité de l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil, pour le juge aux affaires familiales d'accorder un droit de visite à d'autres personnes, parents ou non, en considérations de situations exceptionnelles, elle n'a pas été utilisée dans les dossiers étudiés. On est amené à penser que les proches, sont sans doute, comme les parents, préoccupés par le divorce et que ces conflits, s'ils surgissent, ne s'exprimeront véritablement qu'après le divorce.

¹ La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser, sur ce point, qu'une mère divorcée n'a pas la qualité pour demander que les grands parents maternels aient un droit de visite sur leurs petits enfants ; et qu'en cas de difficultés, il appartient aux grands parents de saisir la juridiction compétente". Civ. 2-, 20 juillet 1983, Bull. Civ. II, n° 154.

Chapitre 2

L'exercice de l'autorité parentale dans l'après-divorce

Après leur divorce, les parents ont la possibilité de revenir devant le juge afin de formuler une nouvelle demande dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

La présente enquête s'est déroulée à la Chambre de la famille du tribunal de grande instance de Lyon et de Nanterre. Elle concerne les 75 premiers dossiers des années 1994 et 1995 traitant des conflits post-divorce, soit 300 dossiers. Les dossiers ont été sélectionnés à partir du premier février 1994, date d'entrée en fonction du juge aux affaires familiales. Parmi ces dossiers, on observe que la requête ultérieure des parents peut avoir deux séries d'objectifs : une modification du principe même de l'exercice de l'autorité parentale (Section 1) ou une modification des modalités de l'exercice en commun de l'autorité parentale, notamment un changement de la résidence de l'enfant et l'aménagement du droit de visite et d'hébergement (Section 2).

Section 1 :

Le contentieux relatif au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans l'après-divorce

La loi Malhuret du 22 juillet 1987¹ avait permis au juge de décider, qu'après leur séparation, les parents exerceraient en commun l'autorité parentale. Il appartient au juge d'apprécier l'intérêt de l'enfant afin de mettre en place un exercice en commun ou un exercice unilatéral de l'autorité parentale. La pratique postérieure de certains tribunaux avait démontré que l'exercice en commun de l'autorité parentale, était devenue la règle². La loi du 8 janvier 1993³ a consacré cette pratique, en matière d'autorité parentale après-divorce, puisque le principe est désormais l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents⁴. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale n'est mis en place que de manière exceptionnelle, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige. Par ailleurs, la loi du 8 janvier 1993 a réuni l'ensemble du contentieux de l'autorité parentale entre les mains du juge aux affaires familiales⁵.

¹ Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, D. 1988, chr, 137.

² A. Gouttenoire et C. Magis, "L'exercice en commun de l'autorité parentale après-divorce", Rapport de recherche pour le Ministère de la recherche "L'exercice en commun de l'autorité parentale, Bilan d'application de la loi du 22 juillet 1987" sous la direction de H. Fulchiron, Centre de droit de la famille, 1993 p 117 et s.

³ J.C.P. 1993.I.3659.

⁴ Article 373-2 du Code civil qui renvoie à l'article 287 du Code civil.

⁵ Article 247 du Code civil.

L'étude du contentieux relatif au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale après le divorce concerne 133 dossiers sur les 300 dossiers du contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Tableau n° 22 : Nombre de dossiers étudiés

Lyon 1994	31
Lyon 1995	34
Nanterre 1994	33
Nanterre 1995	35
Total	133

Ces dossiers sont au nombre de 133 pour l'ensemble des deux années et des deux juridictions sur les 300 dossiers relatifs au contentieux général de l'après - divorce.

Ce contentieux recouvre d'une part, le contentieux relatif à l'exercice en commun de l'autorité parentale mis en place postérieurement au divorce¹; d'autre part, la contestation de l'exercice en commun de l'autorité parentale instauré dans le cadre du divorce². L'enquête montre une généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le contentieux de l'après - divorce (**Paragraphe 1**) et une remise en cause exceptionnelle de cet exercice dans le cadre de ce contentieux (**Paragraphe 2**).

Par. 1 : La mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le contentieux de l'après - divorce

Dans cette hypothèse, l'exercice de l'autorité parentale a été attribué à l'un des parents seulement lors du prononcé du divorce. Deux raisons expliquent cette situation : dans certains dossiers, le divorce a été prononcé avant 1987, à une époque où l'exercice en commun de l'autorité parentale n'était pas consacré par les textes³. Dans d'autres dossiers, le divorce a été prononcé entre 1987 et 1993, sous l'empire de la loi Malhuret qui avait instauré la possibilité pour le juge de prononcer l'exercice en commun, sans toutefois en faire un principe.

Dans ces deux séries d'hypothèses, les parents peuvent demander l'instauration de l'exercice en commun de l'autorité parentale lors d'un contentieux post-divorce. La question est de savoir si la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale est systématique

¹ Ce contentieux concerne pour la juridiction de Lyon 25 dossiers sur les 75 premiers dossiers de l'année 1994 et 25 dossiers sur les 75 premiers dossiers de l'année 1995. Pour Nanterre, il concerne 29 dossiers en 1994 et 25 dossiers en 1995 soit un total de 104 dossiers.

² Ce contentieux concerne 6 dossiers pour Lyon en 1994 et 9 dossiers pour Lyon 1995. Pour Nanterre, on recense 4 dossiers en 1994 et 10 dossiers en 1995.

³ Certains tribunaux avaient toutefois admis la "garde conjointe".

après la décision de divorce. A défaut, il convient d'examiner dans quels cas le juge estime qu'il est de l'intérêt de l'enfant que l'exercice unilatéral soit conservé.

L'étude de ce contentieux nécessite une analyse préalable du contexte de la procédure (A) puis de la demande relative à l'autorité parentale (B) et enfin de la décision du juge aux affaires familiales (C).

A- Les circonstances de la demande

L'étude des circonstances de la demande permet d'une part de savoir quel type de divorce prédomine dans ce contentieux post-divorce (1) et d'autre part s'il existe un contentieux intermédiaire (2).

1- Le type de divorce

Tableau n° 23 : Type de divorce

Type de divorce	Type d'exercice de l'autorité parentale				Total
	Garde père	Garde mère	EUAP père	EUAP mère	
Faute	1	7	20	59	87
Requête conjointe	4	8	8	33	53
Demande acceptée	-	3	2	4	9
Conv. sép. de corps en divorce	-	-	-	1	1
Pas de réponse	2	1	6	12	21
Total	7	19	36	109	171

Ce tableau est réalisé à partir du nombre d'enfants concernés soit un total de 171 enfants : pour le contentieux lyonnais, on recense 37 enfants en 1994 et 43 enfants en 1995. Pour le contentieux de Nanterre, on dénombre 49 enfants en 1994 et 42 enfants en 1995.

Il convient d'observer au préalable que dans une très grande majorité des cas, l'exercice unilatéral ou la garde est, au moment du divorce, attribué à la mère. A Lyon, en 1994, 27 enfants sur les 37 concernés sont soumis à un exercice unilatéral de l'autorité parentale par leur

mère (72,97%). C'est le cas de 32 enfants sur les 43 enfants recensés pour le contentieux relatif à l'année 1995 (74,41%). A Nanterre, les résultats sont identiques : en 1994, 36 enfants sur 49 (73,46%) et en 1995, 33 enfants sur 42 sont confiés à leur mère (78,57%). Conformément aux enquêtes précédentes, la "garde" de l'enfant ou l'exercice de l'autorité parentale est majoritairement accordé aux mères.

En ce qui concerne le type de divorce, on observe que sur les 171 enfants concernés, 87 enfants ont vu leurs parents divorcer sur le fondement de la faute (50,87 %) contre 53 sur requête conjointe (30,99%) et 9 sur demande acceptée (5,26 %) soit 62 divorces gracieux (36,25 %).

Cette sur-représentation des divorces pour faute concerne plus particulièrement le contentieux lyonnais de 1995 puisque le taux de divorce pour faute atteint 62,79% (27 enfants sur les 43 enfants concernés). On la retrouve également sur le site de Nanterre ; le taux est toutefois légèrement plus faible puisqu'il atteint 48,97% pour l'année 1994 (soit 24 enfants sur les 49 enfants concernés par ce contentieux) et 52,38% pour l'année 1995 (soit 22 enfants sur les 42 enfants concernés par ce contentieux). Il est possible de voir dans cette proportion importante de divorce pour faute l'influence du temps qui a apaisé les conflits et permet aux parents d'envisager postérieurement au divorce un exercice en commun de l'autorité parentale.

En revanche, les résultats diffèrent quelque peu en ce qui concerne le site de Lyon pour l'année 1994. On observe qu'aucun type de divorce ne prédomine nettement dans ce contentieux post-divorce. On recense, en effet, 14 divorces pour faute et autant de divorce sur requête conjointe.

Néanmoins, pour les divorces prononcés avant 1987 (17), au cours desquels la garde de l'enfant a été confié à l'un des parents, on trouve une prédominance des divorces sur requête conjointe (9 contre 4 divorces pour faute). Un certain nombre de couples ayant divorcé sur requête conjointe avant 1987 saisissent donc à nouveau le juge pour modifier cette décision et obtenir l'exercice en commun de l'autorité parentale, ce qui paraît mieux correspondre à la situation d'accord dans laquelle les parents se trouvent.

A l'inverse, lorsque les divorces ont été prononcés après 1987 (20), on observe une sur-représentation des divorces pour faute (10 divorces pour faute contre 5 divorces sur requête conjointe). A cette époque, le juge avait la possibilité d'instaurer un exercice en commun de l'autorité parentale en fonction de l'intérêt de l'enfant et on peut supposer que s'il ne l'a pas fait c'est en raison du conflit qui opposait les parents et dont témoigne le choix de la procédure de divorce pour faute.

2- L'existence d'un contentieux intermédiaire

Sur les 104 dossiers étudiés, 29 dossiers ont fait l'objet d'un contentieux intermédiaire soit 27,88% de l'ensemble des dossiers.

A Lyon, sur les 50 dossiers étudiés en deux ans, seuls 13 ont fait l'objet d'un contentieux entre la décision de divorce et la décision étudiée soit 26% des dossiers. Le pourcentage de contentieux intermédiaires est similaire à Nanterre puisqu'il concerne 16 dossiers sur les 54 dossiers relatifs à ce contentieux soit 21,1%.

Dans l'enquête précédente, 42,5 % des dossiers avaient connu un contentieux intermédiaire. En 1994, sur l'ensemble des dossiers la proportion est de 20,55% et en 1995 de 21,2%, ce qui permet de constater une diminution des demandes dans le cadre d'un contentieux intermédiaire ces deux dernières années.

a) Le demandeur et l'objet de la demande du contentieux intermédiaire

Tableau n° 24 :
Demandeur et objet de la demande dans le contentieux intermédiaire

Demandeur	Objet de la demande					Total
	Ex-conj. rés. père	Ex-conj. rés. mère	Ex-conj. rés. tiers	Ex-unil. père	Ex. unil. mère	
Conjointe	5	4	1	1	2	13
Père héb.	-	-	-	-	-	-
Mère héb.	1	-	-	-	-	1
Père non héb.	5	7	-	9	1	22
Mère non héb.	5	5	-	-	1	11
Total	16	16	1	10	4	47

Ce tableau est établi sur la base de 47 enfants concernés par un contentieux intermédiaire soit pour le contentieux lyonnais 7 enfants recensés pour l'année 1994 et 14 pour l'année 1995 (1 enfant n'a pas fait l'objet de demande dans ce contentieux intermédiaire). Pour le site de Nanterre, on dénombre 15 enfants pour l'année 1994 et 11 enfants pour l'année 1995.

L'objet de la demande concerne dans une proportion plus importante un exercice en commun de l'autorité parentale : 33 enfants sur 47 sont concernés par la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Seuls 14 enfants font l'objet d'une demande de maintien d'un exercice unilatéral.

On observe de manière générale que les parents hébergeants ne sont pas demandeurs dans le cadre du contentieux intermédiaire : seule une mère demande que la résidence de son enfant soit fixée chez le père.

En revanche, on relève 33 demandes de parents non hébergeants dont 22 demandes effectuées par des pères non hébergeants et 11 demandes de mères non hébergeantes.

La raison de l'importance des demandes paternelles est simple : lors du prononcé du divorce, la "garde" ou l'exercice unilatéral de l'autorité parentale a été attribué en très grande majorité aux mères. Les pères sont donc tout naturellement enclins à saisir le juge afin de bénéficier de l'exercice de l'autorité parentale, seul ou conjointement avec l'autre parent, ainsi que pour obtenir la résidence de l'enfant.

On peut noter également que les demandes conjointes sont peu nombreuses (27,65% de l'ensemble des demandes), notamment sur le site lyonnais : seule 2 demandes conjointes de parents désireux d'instaurer un exercice en commun sont relevées pour les deux années au stade du contentieux intermédiaire tandis que l'on relève 11 demandes sur le site de Nanterre (dont 7 pour la seule année 1994).

Les parents qui ne bénéficient pas de l'exercice en commun de l'autorité parentale ne demandent donc pas conjointement sa mise en place. Seul le parent concerné c'est-à-dire celui qui ne bénéficie pas de l'exercice de l'autorité parentale ou le parent qui se trouve confronté à un problème saisit le juge. Il convient néanmoins de nuancer ce propos par l'examen de la réaction du défendeur qui est souvent d'accord avec la mesure demandée. Par conséquent, même si les parents ne demandent pas conjointement la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale, ils peuvent être d'accord sur la mesure envisagée.

b) La décision lors du contentieux intermédiaire

Tableau n°25
Demandeur et solution du contentieux intermédiaire

Ddeur	Solution du contentieux intermédiaire							Total
	Ex. conj. rés. père	Ex. conj. rés. mère	Ex. conj. rés. tiers	Ex. unil. père	Ex. unil. mère	Mes. d'inst.	Sursis à statuer	
Cjte	5	4	1	1	2	-	-	13
Père héb.	-	-	-	-	-	-	-	-
Mère héb.	-	-	-	-	-	-	-	-
Père non héb.	4	4	-	5	15	4	1	33
Mère non héb.	1	2	-	2	-	5	-	10
Pas de demande	-	1	-	-	-	-	-	1
Total	10	11	1	8	17	9	1	57

La solution du contentieux intermédiaire concerne 46 enfants car sur le site de Lyon, on recense deux désistements d'instance en 1994. De plus, en 1995, on comptabilise une solution supplémentaire par rapport au nombre de demandes car l'un des enfants n'avait pas faite l'objet de demande.

(*) Le juge ordonne une enquête sociale lors du contentieux intermédiaire et ne statue pas sur l'exercice de l'autorité parentale. Le parent réitère sa demande lors de la demande finale. La solution est donc donnée lors de la décision définitive.

Toutes les demandes conjointes d'exercice en commun de l'autorité parentale sont accordées par le juge (dix enfants concernés), le juge entérinant l'accord des parents. Les demandes conjointes d'exercice unilatéral sont également accordées par le juge. Cette seconde observation conduit à se demander si le juge ne privilégie pas l'accord des parents dans toutes les hypothèses. Ainsi qu'il s'agisse d'une demande d'exercice en commun ou d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, l'accord des parents prédominerait.

Ce tableau permet également de constater que 22 enfants sont soumis à un exercice en commun de l'autorité parentale et que 14 enfants sont soumis à un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Pour certains enfants, le juge n'a pris de décision : il a préféré ordonner une mesure d'instruction.

- Le maintien de l'exercice unilatéral

Sur le site de Lyon, en 1994, deux enfants restent soumis à un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Au moment du divorce, la mère avait obtenu l'exercice unilatéral pour les deux enfants du couple. Lors du contentieux intermédiaire, le père demandait l'exercice

unilatéral à l'égard de l'aîné des enfants, ce qu'il obtient et la confirmation de l'exercice unilatéral de la mère pour l'autre enfant. On sépare la fratrie, mais il n'y a pas de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale ou plutôt d'une "garde conjointe", l'ordonnance intervenant en avril 1987.

Dans une affaire jugée à Nanterre, en 1994, il importe de souligner que deux enfants sont séparés dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale alors qu'il était demandé un exercice unilatéral par le père sur les deux enfants. En l'espèce, les parents se sont mis d'accord à l'audience sur la séparation de la fratrie mais la question de l'exercice en commun de l'autorité parentale n'a semble-t-il pas été abordée.

En 1995, le juge de Nanterre a refusé pour trois enfants la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Dans le premier dossier, la mère non hébergeante demandait un exercice en commun avec la fixation de la résidence des deux enfants chez elle. Le juge motive son refus par la mention "exercice en commun nullement justifié". L'exercice de l'autorité parentale est donc maintenu au père. Dans le second dossier, le père non hébergeant avait demandé un exercice en commun avec fixation de la résidence chez la mère et le juge maintient un exercice unilatéral par la mère. Il est à noter que la demande paternelle était liée à une demande concernant son droit de visite. Le juge n'a pas estimé nécessaire de modifier le principe même de l'exercice de l'autorité parentale, ce qui peut se comprendre étant donné que la demande du père relative au principe même de l'autorité parentale ne correspondait pas à sa principale motivation.

Au regard de ces différents dossiers, on peut dire que le juge ne met pas systématiquement en place un exercice en commun de l'autorité parentale, notamment lorsqu'il constate qu'un tel exercice est contraire aux intérêts de l'enfant.

– Les mesures d'instruction

On relève également dans ce tableau que pour dix enfants, le juge n'a pas statué sur l'exercice de l'autorité parentale. Il ordonne pour neuf enfants une enquête sociale afin de pouvoir prendre sa décision. Cette mesure d'instruction a pour cadre une demande d'exercice unilatéral de l'autorité parentale par le parent non hébergeant (trois enfants concernés à Lyon en 1995) mais également une demande par la mère non hébergeante de la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec fixation de la résidence chez le père (quatre enfants concernés pour Nanterre en 1994).

Cette situation est également présente à Nanterre en 1995 dans deux dossiers. Dans le premier dossier, l'enfant ne souhaite plus retourner chez son père. La mère non hébergeante a sollicité un exercice en commun avec fixation de la résidence chez elle. Dans le second dossier, le père non hébergeant a fait une demande d'exercice en commun de l'autorité parentale avec attribution de la résidence à la mère. L'explication de ce dossier réside dans le fait que la

demande du père avait principalement pour objet une extension de son droit de visite. Le juge ordonne une enquête sociale afin de prendre une décision quant à l'exercice en commun de l'autorité parentale et quant au droit de visite du père.

Enfin, le juge sursoit à statuer mais n'ordonne pas de mesure d'instruction dans le cas d'une demande d'exercice unilatéral de l'autorité parentale par la mère formulée par le père non hébergeant (Nanterre 1994).

Ces différents dossiers permettent de constater une certaine prudence du juge qui préfère ne pas statuer immédiatement mais plutôt mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour obtenir davantage de renseignements sur la situation familiale et ainsi rendre une décision plus conforme à l'intérêt de l'enfant.

B- La demande relative à l'exercice de l'autorité parentale

Il s'agit ici de la demande définitive de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale qui intervient après un contentieux antérieur ou directement après la décision de divorce.

1- L'exercice de l'autorité parentale avant la demande, l'auteur et l'objet de la demande

**Tableau n° 26 :
Auteur et objet de la demande lorsque le père exerce l'autorité parentale
avant la demande**

Ddeur	ECAP père	ECAP mère	EUAP père	EUAP mère	Rés. mère	Aucune demande	DVH	Total
Père	2	2	1	-	-	-	-	5
Mère	4	17	-	2	-	-	-	23
conjointe	-	4	-	-	-	-	-	4
Total	6	23	1	2	-	-	-	32

Ce tableau et le suivant sont établis sur la base de 124 enfants soit 31 enfants pour le contentieux lyonnais en 1994 et 23 pour l'année 1995 (9 enfants ont été exclus car un exercice en commun de l'autorité parentale a été mis en place lors du contentieux intermédiaire). Pour le site de Nanterre, on recense 41 enfants pour l'année 1994 et 29 enfants pour l'année 1995.

**Tableau n° 27 :
Auteur et objet de la demande lorsque la mère exerce l'autorité parentale
avant la demande**

Ddeur	ECAP père	ECAP mère	EUAP père	EUAP mère	Rés. mère	Aucune demande	DVH	Total
père	24	25	6	-	-	-	1	56
mère	4	6	-	10	3	1	3	27
conjointe	5	3	-	-	-	-	-	8
Total	33	34	6	10	3	1	4	101

a) L'auteur de la demande

On peut tout d'abord noter que les demandes conjointes d'exercice en commun de l'autorité parentale sont peu nombreuses. Sur l'ensemble du contentieux, on en dénombre douze (12,37 % des demandes d'exercice en commun) dont dix sur le site de Nanterre. A Lyon, seuls deux enfants font l'objet d'une demande conjointe de leurs parents afin de mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale et d'attribuer leur résidence au père ; les enfants étaient auparavant soumis à l'exercice unilatéral de l'autorité parentale par leur mère. Aucune demande conjointe concernant l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est relevée pour l'année 1995. On constate, à l'instar du contentieux intermédiaire, que les parents demandent rarement de manière conjointe la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Ce chiffre ne signifie pas qu'il y a absence d'accord car même s'il n'y a pas de demande conjointe il peut y avoir accord des parents dès le départ ou au cours de la procédure. Pour l'apprécier, il convient de se référer aux conclusions et aux demandes de l'autre parent¹.

Le parent qui a obtenu, lors du divorce, l'exercice unilatéral de l'autorité parentale fait rarement une demande de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale (quatorze enfants concernés). Lorsque c'est le cas, il demande la résidence de l'enfant chez lui (huit enfant concernés dont sept pour le contentieux de Nanterre). Etant donné qu'il a l'exercice de l'autorité parentale, le parent a peu de motifs pour faire une telle demande, sauf à vouloir exercer avec son ex-conjoint l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant. Toutefois, il apparaît que les mères qui bénéficiaient de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale font souvent ce genre de demandes pour obtenir la modification du droit de visite du père ou de la pension alimentaire (dix enfants concernés dont neuf sur le site de Lyon).

¹ Cf. *infra* tableau n°24

Le parent à qui l'exercice de l'autorité parentale n'a pas été attribué, demande plus fréquemment la mise en place d'un exercice en commun (72,16% des demandes d'exercice en commun). Ainsi, 49 enfants sont concernés par une demande de leur père tendant à la mise en place d'un exercice en commun (50,51% des demandes d'exercice en commun) et 21 enfants par une demande de leur mère tendant à ce même objectif, soit 21,64% des demandes d'exercice en commun. L'explication de la prédominance des demandes émanant des pères réside dans l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale aux mères au moment du divorce

b) L'objet de la demande

La demande de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale concerne quatre-vingt-dix sept enfants soit 78,22 % des enfants concernés. Parmi ces demandes, il convient d'envisager plus particulièrement les demandes de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec attribution de la résidence à l'autre parent avant d'examiner les demandes relatives au maintien d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

- La mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec attribution de la résidence de l'enfant au défendeur

L'étude des dossiers fait apparaître plusieurs cas dans lesquels le parent demandeur, qui n'exerce pas l'autorité parentale, sollicite la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale et la fixation de la résidence de l'enfant chez l'autre parent (trente-cinq enfants sont concernés). Ainsi à Lyon en 1995, des pères demandent pour quatre enfants la mise en place d'un exercice en commun mais ne sollicitent pas la fixation de la résidence des enfants chez eux. Pour l'un des enfants, le père demande l'exercice en commun de l'autorité parentale afin de pouvoir inscrire l'enfant sur son passeport et l'emmener en Tunisie. Les autres enfants concernés font l'objet d'une demande reconventionnelle d'exercice en commun de l'autorité parentale. De la même manière, une mère non hébergeante demande la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale et l'attribution de la résidence de l'enfant au père.

A Nanterre, on observe également une forte demande des pères en faveur d'un exercice en commun avec attribution de la résidence à la mère (vingt enfants concernés). Mais on remarque que pour l'année 1995 les demandes des pères non hébergeants sont équilibrées : cinq en faveur d'un exercice en commun avec attribution de la résidence chez eux et autant de demandes avec attribution de la résidence chez la mère.

En définitive, l'exercice en commun de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant ne sont pas toujours cumulables dans l'esprit des parents et sont distincts dans leur mise en place.

On relève également un nombre important d'hypothèses dans lesquelles le parent titulaire de l'exercice de l'autorité parentale sollicite un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence de l'enfant chez l'autre parent (56 enfants sur 124 soit 20,9 %). Il s'agit

vraisemblablement de parents qui répondent à la demande de leur enfant et qui sollicitent un exercice en commun de l'autorité parentale pour continuer à participer à la vie et à l'éducation de l'enfant même si celui-ci n'a plus sa résidence chez eux.

- Le maintien de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale

On relève un certain nombre de demandes relatives à un exercice unilatéral de l'autorité parentale (19) qui recouvrent deux hypothèses : celles d'une demande ayant pour objet l'exercice unilatéral de l'autorité parentale émanant du parent qui n'en est pas titulaire et celles d'une demande qui n'a pas pour objet principal l'exercice de l'autorité parentale mais plutôt la réglementation du droit de visite et qui est étudié dans le cadre de ce contentieux parce que le juge instaure un exercice en commun de l'autorité parentale.

2- La réaction du défendeur

Le parent défendeur qui réagit à la demande peut être d'accord avec cette demande, demander le statu quo ou former une demande reconventionnelle.

Tableau n° 28 : Réaction du défendeur

Défendeur	Réaction					Total
	Accord	Statu quo	Autre	Aucune	Pas de rép.	
Père	15	5	10	3	7	40
Mère	21	10	8	4	5	48
Total général	36 40,90%	15 17,04%	18 20,45%	7 7,95%	12 13,63%	88

¹ Tableau établi en fonction du nombre de dossiers soit 88 dossiers. On recense seulement 23 dossiers sur le site de Lyon en 1994 puisque parmi les 25 dossiers, on trouve deux requêtes conjointes. En 1995, on dénombre 20 dossiers car sur les 25 dossiers concernés, 5 ont été exclus car un exercice en commun de l'autorité parentale a été mis en place lors du contentieux intermédiaire. Sur le site de Nanterre, on recense 27 dossiers pour l'année 1994 car il y a 2 requêtes conjointes et pour l'année 1995, on trouve 18 dossiers car 4 dossiers ont été retirés parce que la décision finale ne portant plus sur l'exercice en commun de l'autorité parentale, la réaction aussi. On trouve également 3 requêtes conjointes.

Les parents défendeurs réagissent fréquemment à la demande de l'autre parent. Si l'on se réfère à ce tableau, hormis les douze dossiers pour lesquels aucune réaction n'a été mentionnée (ce qui ne veut pas dire qu'il n'y en a pas eu), seuls sept parents soit 8% de l'ensemble des dossiers n'ont eu aucune réaction à la demande de leur ex-conjoint : ils ne se sont pas présentés à l'audience.

a) L'accord

On constate sur l'ensemble du contentieux que les défendeurs sont souvent (40,90%) d'accord avec la demande faite par leur ex-conjoint, ce qui renforce les remarques effectuées précédemment.

Le taux est sensiblement le même pour les contentieux de Lyon en 1994 et 1995 et pour Nanterre en 1995 (48% à Lyon en 1994, 47,36 % à Lyon en 1995, et 44,44% à Nanterre en 1995). Il est à remarquer cependant que sur le site de Nanterre en 1994, le taux est nettement plus bas puisqu'il n'atteint que 26%.

L'accord est très fréquent lorsque la mère est défendeur (21 accords sur 48 dossiers dans lesquels la mère est défendeur). Il convient de souligner que cet accord intervient très souvent dans le cadre d'une demande de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec attribution de la résidence au père alors même que la mère exerçait seule depuis le divorce l'exercice de l'autorité parentale (15 dossiers concernés).

Les mères ne semblent donc pas forcément réticentes à la mise en place d'un exercice commun et à l'hébergement des enfants par le père. On peut également se demander si les demandes des pères ne s'inscrivent pas le plus souvent dans une hypothèse d'accord de la mère, celui-ci incitant le père à formuler sa demande. Dans l'un des dossiers, l'explication réside par exemple dans le déménagement prochain de la mère. De plus, dans certains cas, la demande a pour objet d'harmoniser le droit avec la situation de fait puisque les enfants résident déjà chez le père.

On note toutefois une tendance quelque peu différente sur le site de Nanterre pour l'année 1994 puisque la proportion de statu quo (43,75%) est ici plus élevée que celle de l'accord (12,5%) lorsque les mères sont défendeurs à l'action.

Lorsque les pères sont défendeurs à l'action, on recense treize dossiers dans lesquels les pères sont d'accord avec la demande de mise en place d'un exercice en commun formulée par la mère avec fixation de la résidence chez elle¹.

Parmi ces dossiers, on note qu'un tel accord intervient dans six dossiers où le père exerçait unilatéralement l'autorité parentale depuis le divorce. Dans l'un de ces dossiers, le père formule un accord mais il regrette que sa fille quitte son foyer pour échapper à une éducation stricte et profiter du laxisme de la mère.

Cet accord intervient également dans deux dossiers où le père exerçait conjointement l'autorité parentale, la résidence de l'enfant étant fixée chez lui¹. Dans l'un d'eux, le père

¹ Le père, bien que d'accord sur le principe même de l'exercice en commun de l'autorité parentale peut être opposé sur l'augmentation de la pension alimentaire

explique la demande de transfert de résidence par l'existence d'un conflit grave qui l'oppose avec sa compagne et met en péril le fragile équilibre psychologique de l'enfant.

L'accord intervient également pour confirmer la situation de fait, l'enfant résidant déjà chez sa mère (un dossier concerné).

Dans les deux derniers dossiers, le père est en accord avec la demande maternelle en faveur d'un exercice en commun avec fixation de la résidence de l'enfant chez le père. Dans l'un de ces deux dossiers, la mère exerçait unilatéralement l'autorité parentale depuis le divorce. Elle demande en outre une audition de l'audition. Dans l'autre dossier, le père bénéficiait de cet exercice.

b) Les demandes reconventionnelles

Certains parents, notamment des pères² font des demandes reconventionnelles, en réaction à la demande principale de l'autre parent, dans le but de mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale (8 dossiers concernés). Cette demande est parfois assortie d'une demande d'élargissement du droit de visite en leur faveur, à défaut de la résidence de l'enfant et parfois du rejet de la pension alimentaire (un dossier concerné).

c) Le statu quo

Les « statu quo » représentent 17 % de l'ensemble des réactions, ce qui permet de dire que les parents qui préfèrent le maintien de la situation antérieure et donc s'opposent à la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale sont deux fois moins nombreux que les parents en accord avec la demande. Dans le contentieux post - divorce, les situations conflictuelles sont donc proportionnellement moins importantes que les situations d'accord.

Il apparaît intéressant de distinguer les hypothèses de « statu quo » selon que le défendeur est la mère ou le père.

- Mère défendeur

Certaines mères s'opposent à la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale demandé par le père et tendant également à l'attribution de la résidence à la mère. Les raisons de cette opposition sont diverses et certains dossiers permettent de les déterminer. Ainsi dans l'un d'eux, une telle demande a pour origine le refus de la mère de donner au père l'autorisation nécessaire pour que ce dernier emmène l'enfant en Tunisie. La mère refuse que le

¹ L'exercice en commun de l'autorité parentale a été mis en place lors du contentieux intermédiaire.

² Une seule demande reconventionnelle émane d'une mère.

père ait l'exercice de l'autorité parentale ce qui lui permettrait d'inscrire l'enfant sur son passeport.

Dans un autre dossier, le père sollicite un exercice en commun de l'autorité parentale car il est tenu à l'écart de toutes les décisions importantes relatives à l'enfant, notamment sa scolarité. La mère manifeste sa volonté en faveur d'un maintien de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale (aucune précision n'apparaît dans le dossier sur cette volonté).

Dans une autre affaire, la mère s'oppose à la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec attribution de la résidence chez elle car elle estime qu'aucun élément nouveau n'est intervenu depuis le jugement de divorce. Elle fait notamment valoir que le père est dans l'incapacité de s'occuper de l'enfant.

Dans un autre dossier, la mère exerçant seule l'autorité parentale s'oppose à la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale demandé par le père aux motifs que les distances empêchent la prise de décisions en commun relatives à l'enfant et parce que le père ne se manifeste jamais.

Dans plusieurs autres cas, l'opposition de la mère à la demande a pour principale source son refus de voir modifier le lieu d'hébergement de l'enfant face à une demande du père tendant à la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec fixation de la résidence de l'enfant chez lui.

- Père défendeur

Un des dossiers montre l'opposition d'un père exerçant seul l'autorité parentale en faveur d'un exercice en commun avec attribution de la résidence à la mère. Ce dossier fait apparaître des tensions au sein du couple parental, ce qui pourrait expliquer la réaction du père face à la demande maternelle.

Dans un autre dossier, la mère avait obtenu, lors du divorce, l'exercice unilatéral de l'autorité parentale sur les deux enfants et le père lors d'un contentieux intermédiaire avait demandé un changement et obtenu en sa faveur l'exercice unilatéral. Lors de la demande finale, la mère demande un exercice en commun de l'autorité parentale avec attribution de la résidence des enfants chez elle. Le père s'oppose à cette demande. Dans ce dossier l'opposition du père porte principalement sur le changement de lieu de vie de l'enfant et non pas sur le principe même de l'exercice de l'autorité parentale.

3- Les mesures d'accompagnement

Tableau n° 29 : Mesures d'accompagnement

Enquête sociale	Expertise	Audition de l'enfant	Autre*	Aucune
20	4	16	1	67

Tableau réalisé sur la base de 104 dossiers. Il est à noter que certains dossiers comportent deux types de mesures d'accompagnements.

(*) Ce qui recoupe la mention "autre" est un document rédigé par l'enfant avec l'accord des parents dans lequel elle exprime sa volonté de vivre avec son père.

Les procédures dans le cadre desquelles sont ordonnées des mesures d'accompagnement sont minoritaires puisqu'elles ne représentent que 37 dossiers sur les 104 concernés (soit 35,5 %). Toutefois les magistrats paraissent beaucoup plus enclins à ordonner ce type de mesure dans le contentieux post-divorce à Nanterre (85 %) qu'à Lyon (37,5%).

On recense 41 mesures d'accompagnements et on constate que les enquêtes sociales constituent la moitié des mesures (20 sur 41), l'audition de l'enfant arrive en seconde position (16 sur 41). L'expertise n'est quasiment pas présente dans les procédures étudiées (4 sur 41).

a) L'enquête sociale

Dans certains dossiers, les conclusions de l'enquête sociale ne portent que sur le lieu de vie de l'enfant ou le droit de visite¹. Il convient ici de s'attacher aux conclusions portant sur le principe même de l'exercice en commun de l'autorité parentale. On relève 5 enquêtes sociales ordonnées dans des dossiers où le parent défendeur demande le maintien du statu quo et trois dossiers dans lesquels le parent est d'accord. Dans ce dernier cas, le juge vérifie, grâce à l'enquête sociale, que l'accord des parents est conforme à l'intérêt de l'enfant. Pour les autres dossiers, le parent ne comparaît pas ou forme une demande reconventionnelle.

Il convient d'examiner plus particulièrement certains dossiers afin de connaître les circonstances dans lesquelles le magistrat a recours à une telle mesure d'accompagnement. Ainsi dans l'un des dossiers, le père exerçait seul l'autorité parentale sur les deux enfants. La mère demande un exercice en commun et la fixation de la résidence chez elle. L'enquête sociale conclut au maintien de l'exercice unilatéral, l'enquêteur constatant une précarité affective de la mère. En outre, il n'encourage pas un droit de visite si ce n'est dans un lieu neutre.

¹ Sur ces deux points : cf. *infra* section 2.

Dans un autre dossier, le père demande la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale et la fixation de la résidence de l'enfant chez la mère, ainsi que l'extension de son droit de visite. Les conclusions de l'enquête font état d'un attachement réciproque entre l'enfant et son père. Elles préconisent un exercice en commun avec attribution de la résidence à la mère et un droit de visite standard car la vie du père paraît s'être stabilisée.

Dans une autre affaire, l'enquêteur propose la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec fixation de la résidence à la mère et un droit de visite libre pour le père. L'enquêteur constate en effet que « les enfants vivent harmonieusement les nouveaux accords des parents ».

Dans deux dossiers, l'enquêteur constate pour l'un, une carence éducative de la mère et pour l'autre, un attachement du père à son enfant mais sans prise en compte réelle de la responsabilité éducative. Ces constatations conduisent l'enquêteur à être réservé sur la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale.

Dans un autre dossier où la mère avait la « garde » de l'enfant depuis le divorce, l'enquêteur souligne les rapports conflictuels des parents et constate que l'éloignement du père ne paraît pas être de l'intérêt de l'enfant, d'autant que le père pourrait apporter à la mère l'aide dont elle a besoin pour l'éducation de son fils. L'enquêteur préconise en conséquence un exercice en commun de l'autorité parentale et une extension du droit de visite. Malgré le conflit existant entre les parents, l'enquêteur montre sa préférence pour une éducation de l'enfant par ses deux parents.

b) L'audition de l'enfant

L'audition de l'enfant a pour objet de connaître les souhaits de l'enfant sur son changement de résidence. Cinq dossiers font apparaître les résultats de la mesure sur ce point. Dans un dossier, la mère demande un exercice en commun de l'autorité parentale et la fixation de la résidence de l'enfant chez elle ; le père bénéficiait depuis le divorce d'un exercice unilatéral. Les raisons de cette demande résident dans le fait que l'enfant s'est réfugié chez elle à la suite d'une altercation avec le fils de la concubine du père. Lors de son audition, l'enfant confirme le souhait d'aller vivre avec sa mère et celle-ci avec réticence finit par s'incliner devant ce choix.

L'audition a également pour objet le droit de visite du parent chez qui l'enfant ne réside pas (2 dossiers en font état).

c) L'expertise

Dans l'un des dossiers, le père refuse de se soumettre à l'expertise. Dans un autre dossier, l'expertise porte sur les relations de l'enfant avec sa mère. Le père qui exerçait

unilatéralement l'autorité parentale demande un exercice en commun avec attribution de la résidence de l'enfant chez lui ainsi que la suppression du droit de visite de la mère. L'expert constate qu'il n'y a pas de contre - indications dans le maintien des relations mère/enfant mais il préconise la surveillance étroite d'un tiers lors des droits de visite. En revanche, il s'oppose à la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Les conclusions de l'expert sont donc contraires aux demandes formulées par le père. Le juge tient compte dans sa décision des conclusions émises par l'expert.

4- La solution au regard de la demande

Tableau n° 30 : Solution et demande

Solution	Demandes						
	Ex. conj. rés. père	Ex.conj rés. mère	Ex. unil. père	Ex. unil. mère	DVH	Rés. mère	Pas de demande
ECAP rés. père	33	4	7	-	-	-	-
ECAP rés. mère	2	45	-	5	3	3	1
EUAP père	-	3	-	-	-	-	-
EUAP mère	4	3	-	7	-	-	-
ECAP / tiers	2	1	-	-	-	-	-
Pas de réponse	-	-	-	1	1	-	-

Tableau réalisé selon le nombre d'enfants soit 125.

a) L'objet de la décision

Sur les 125 enfants concernés par ce contentieux, 97 sont soumis, lors de la décision, à un exercice en commun de l'autorité parentale.

Parmi les décisions instaurant un exercice en commun de l'autorité parentale, 41,25% fixent la résidence de l'enfant chez son père pour 56,25 % chez sa mère. La prépondérance de la résidence chez la mère est moins grande dans le cadre du contentieux post-divorce qu'au

moment du divorce. On peut se demander si cette différence ne révèle pas une certaine évolution de l'exercice en commun de l'autorité parentale avec le temps et l'apaisement des conflits qui en résulte.

b) La demande et la décision

Il convient de distinguer trois hypothèses : les demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale accordées par le juge puis les demandes d'exercice unilatéral qui aboutissent en exercice en commun et enfin les demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale refusées par le juge.

– Demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale accordées

Il convient ici de distinguer les hypothèses dans lesquelles le défendeur est d'accord de celles où il s'oppose à la demande. Il est, en outre, intéressant d'examiner la décision relative à l'exercice en commun de l'autorité parentale au regard de l'attribution de la résidence de l'enfant.

* Accord du défendeur

Aucune demande principale d'exercice en commun de l'autorité parentale n'a été refusée par les juges à Lyon sur l'année 1994 et à Nanterre sur l'année 1995 : le juge constate dans ces hypothèses l'accord des parents et fait droit à leur demande. Le caractère quasi-systématique de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale après-divorce est confirmé. Selon certains magistrats interrogés, le juge ne peut aller à l'encontre de la volonté des parents et ne peut refuser un exercice en commun de l'autorité parentale si les parents sont d'accord. Ils ne s'opposent donc jamais à l'accord des parents. On a constaté précédemment que beaucoup de parents sont d'accord avec la demande de leur ex-conjoint avant l'audience ; un tel accord peut également intervenir au cours de celle-ci. Une fois cet accord obtenu, le juge ne le remet pas en cause.

Cependant, pour d'autres magistrats interrogés, l'intérêt de l'enfant reste le critère qui leur permet éventuellement de refuser un exercice en commun malgré l'accord des parents. L'un des magistrats estime que dans certains cas particuliers, notamment lorsque l'enfant est dans une situation difficile, la frontière est alors mince avec les prérogatives du juge des enfants, c'est pourquoi il a recours à une enquête sociale et transmet éventuellement le dossier au juge des enfants.

* Opposition du défendeur

Lorsque l'un des parents s'oppose à la demande, le juge ordonne parfois une mesure d'accompagnement afin de rendre sa décision. Ainsi lorsque le parent défendeur demande le

maintien du statu quo, on recense quatre enquêtes sociale, trois expertises et deux auditions de l'enfant.

Dans onze dossiers sur quatorze où l'on constate une opposition de la mère, le magistrat met en place un exercice en commun de l'autorité parentale alors même que le parent ne semble pas y être favorable. Dans l'un des dossiers, le juge motive sa décision en énonçant « qu'il ne résulte d'aucun élément objectif du dossier que le père ne puisse bénéficier de l'exercice en commun de l'autorité parentale ».

Dans un autre dossier, la demande du père avait pour objectif la mise en place de l'exercice en commun mais également la suppression du droit de visite de la mère, cette dernière s'opposant à l'ensemble des demandes. Le juge fait droit aux demandes du père constatant l'existence de troubles psychologiques graves chez la mère.

La motivation de l'un des magistrats paraît dans l'un des dossiers assez surprenante puisque celui-ci met en place un exercice en commun de l'autorité parentale malgré le désaccord de la mère tout en énonçant que « quelque soit l'affection du père à son enfant, l'éloignement des domiciles rend impossible en l'état l'exercice conjoint effectif de l'autorité parentale ». La mise en place d'un tel exercice apparaît donc quelque peu symbolique. On retrouve une telle motivation de manière plus explicite dans un autre dossier dans lequel le juge motive ainsi sa décision : « lui conférer l'autorité parentale conjointe serait pour lui (le père) le symbole de sa reconnaissance en tant que père ». Dans ces deux dossiers, le juge donne donc une place au père en instaurant un exercice en commun de l'autorité parentale tout en sachant que cet exercice ne sera pas effectif.

Dans un autre dossier, le magistrat motive sa décision par le fait que « la mère ne justifie pas de motifs suffisants pouvant faire obstacle à l'exercice en commun de l'autorité parentale ». Dans un autre, la motivation du magistrat est similaire puisqu'il énonce que « dès lors que l'intérêt de l'enfant ne commande pas que l'exercice de l'autorité parentale soit confiée à la seule mère il y a lieu de dire que l'autorité parentale sera exercée conjointement par les deux parents ». Pour un autre magistrat, « grâce à la loi du 8 janvier 1993, rien ne s'oppose à l'exercice en commun par les deux parents et il y a lieu de la prévoir désormais ».

Lorsque le père défendeur s'oppose à l'exercice en commun demandée par la mère, le juge met en place un exercice en commun de l'autorité parentale dans trois dossiers sur quatre « pour permettre aux deux parents d'occuper leur place respective ».

Ces différents dossiers témoignent de la généralisation du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale malgré le désaccord des parents sur ce point. On observe cependant que ces situations ne correspondent pas à des situations vraiment conflictuelles.

*** Lien entre l'exercice en commun de l'autorité parentale et l'attribution de la résidence de l'enfant**

Parmi ces enfants, on dénombre 33 mise en place d'un exercice en commun avec attribution de la résidence au père alors que quarante et une demande avait été formulée en ce sens (80,48% de ces demandes sont donc accordées). De même, 45 enfants sont confiés à leur mère dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale alors que 56 demandes dans ce sens avaient été formulées (80,35% des demandes sont accordées par le juge).

Précisément, à Lyon, les demandes de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec attribution de la résidence de l'enfant au père sont acceptées pour dix enfants, alors que douze demandes avaient été effectuées. Le juge des enfants a placé deux enfants chez un tiers dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Il n'y a aucune précision dans le dossier sur les motifs de ce placement.

A Nanterre, en 1995, toutes les demandes de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale, qu'elles émanent du père ou de la mère, sont acceptées. Ainsi un exercice en commun est mis en place pour 24 enfants sur les 29 enfants concernés. Parmi ces enfants, 10 sont confiés à leur père, 13 à leur mère et un enfant est confié à un tiers.

Outre le fait que la demande d'exercice en commun est dans ces deux contentieux toujours accordée, on remarque que lorsque les pères demandent l'exercice en commun de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant, ils obtiennent satisfaction dans la plupart des cas.

Bien que certaines demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale soient refusées sur le site de Lyon en 1995, on peut toutefois faire une constatation identique puisque sur les onze enfants concernées par une demande d'exercice en commun de l'autorité parentale avec attribution de la résidence au père, sept sont accordées. Dans ces dossiers, la mère est souvent absente à l'audience, ou bien elle a déménagé ou bien encore l'enfant a des difficultés avec sa mère.

En ce qui concerne les quatre autres enfants, la résidence de l'un d'eux est confiée à la mère dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale car elle part au Canada ; pour les trois autres, le juge refuse de mettre en place un exercice en commun et maintient un exercice unilatéral en faveur de la mère. Dans ce cas, le père refuse de se soumettre à l'expertise et multiplie les procédures, ce qui permet d'en déduire une situation très conflictuelle.

La situation est semblable sur le site de Nanterre en 1994 puisque sur les huit demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence chez le père, six sont accordées. Sur ce dernier site, il est à noter également une très forte demande d'exercice en commun de l'autorité parentale avec fixation de la résidence des enfants chez la mère : vingt-neuf demandes dont vingt-quatre accordées. La résidence de l'enfant est attribuée au père pour trois des autres enfants et le juge refuse la mise en place d'un exercice en commun pour deux enfants. Il maintient un exercice unilatéral en faveur de la mère.

- Demandes de maintien de l'exercice unilatéral aboutissant à la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale

On remarque que dans certains dossiers les demandes qui ont pour cadre un exercice unilatéral de l'autorité parentale aboutissent à la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Ainsi sept demandes d'exercice unilatéral en faveur du père aboutissent à la mise en place d'un exercice en commun avec attribution de la résidence au père, ce qui correspond à la totalité des demandes en ce sens. De plus, cinq demandes d'exercice unilatéral en faveur de la mère aboutissent à un exercice en commun avec attribution de la résidence à la mère.

Si l'on détaille ces demandes en fonction du site et de l'année étudiée, on obtient ainsi pour le contentieux de Lyon en 1994, quatre dossiers aboutissant à un exercice en commun de l'autorité parentale :

- Un dossier relate le cas d'une mère qui a demandé, dans le cadre d'un maintien de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, "un changement de résidence". Le père ne fait aucune demande mais il est d'accord avec la demande de la mère. Or, la décision définitive met en place un exercice en commun avec attribution de la résidence de l'enfant chez la mère. De même, saisi de trois demandes de maintien de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale en faveur du père, le juge a mis en place un exercice en commun avec résidence de l'enfant attribuée au père.

- Dans l'un des dossiers, le juge motive sa décision en se référant à l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt est que ses deux parents puissent s'occuper ensemble de son éducation.

- Dans un autre dossier, le père se voit attribuer l'hébergement de ses deux enfants, dans le cadre d'un exercice en commun mis en place par le juge, car la mère est incapable d'assumer la charge d'un enfant.

- Le troisième dossier concerne une demande d'hébergement de l'enfant par le père. La mère est d'accord avec cette demande à la condition que celle-ci se situe dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale, ce que le juge met en place.

Pour ce qui est de l'année 1995, seuls deux enfants sont concernés par une demande de maintien de l'exercice unilatéral en faveur de la mère. Ces demandes aboutissent à la mise en place d'un exercice en commun avec fixation de la résidence chez la mère.

A Nanterre, en 1994, quatre enfants sont concernés par une demande similaire. Deux d'entre eux font l'objet d'une demande de maintien de l'exercice unilatéral en faveur du père. La décision met en place un exercice en commun avec résidence chez le père. Les deux autres enfants font l'objet d'une demande de maintien de l'exercice unilatéral en faveur de la mère et la décision met en place un exercice en commun avec attribution de la résidence à la mère.

L'ensemble de ces dossiers illustrent également la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale et le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents. Le juge décide parfois de lui-même de mettre en place un tel exercice car c'est le principe en la matière alors même que les parents n'en ont pas fait la demande¹. On peut au regard de ces différents dossiers se demander si le juge ne statue pas au delà des demandes formulées par les parents en instituant un exercice en commun de l'autorité parentale. L'intérêt de l'enfant motive cette intervention du juge mais ne va-t-elle pas à l'encontre du principe dispositif selon lequel le juge est lié par la demande des parties ?

Il convient de nuancer ce propos par le fait qu'un accord des parents sur la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale peut intervenir à l'audience bien que la demande ait eu pour objet un exercice unilatéral. Il ressort des entretiens effectués auprès des magistrats que ceux-ci essayent lors de l'audience d'amener les parents à un accord sur le principe de l'exercice de l'autorité parentale. Ils recherchent les causes du refus de mise en place d'un tel système et essayent de convaincre les parents de son opportunité (sauf, selon les magistrats interrogés, lorsque le parent est malade ou lorsque le juge pressent un danger pour l'enfant).

– Demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale refusées

Il a été dit précédemment que toutes les demandes d'exercice en commun ne sont pas accordées par le juge. En effet, on relève dix enfants sur les 87 pour lesquels la demande avait pour objectif la mise en place d'un exercice en commun et pour lesquels le juge décide d'un maintien de l'exercice unilatéral. La proportion de maintien d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale est donc faible, ce qui confirme l'idée selon laquelle cet exercice est aujourd'hui l'exception et intervient dans des circonstances bien particulières.

Ainsi, trois enfants qui avaient fait l'objet d'une demande d'exercice en commun avec attribution de la résidence à la mère sont confiés à leur père dans le cadre d'un exercice unilatéral. De même, quatre enfants pour lesquels la demande concernait un exercice en commun et la résidence au père sont confiés à leur mère dans le cadre d'un exercice unilatéral. Enfin, pour trois enfants, l'attribution de la résidence à la mère, dans le cadre d'un exercice en commun, avait été demandée et le juge décide qu'ils seront confiés à la mère mais dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Plus particulièrement, on observe sur le site de Lyon en 1995 que le juge refuse la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale pour quatre enfants. Pour l'un des enfants, le juge motive ce refus par le désintérêt du père auquel s'ajoute un éloignement des domiciles des parents qui est en partie la cause de difficultés dans les relations du parent et de

¹ On peut néanmoins se demander, si cette mise en place quasi-systématique n'est pas due à une mauvaise formulation des demandes. Cela ne semble toutefois pas être le cas dans ces trois dossiers.

l'enfant. Le juge énonce toutefois l'obligation de la mère d'informer le père de toute décision importante concernant l'enfant, ce qui semble être un simple rappel de la loi.

Pour les trois autres enfants, il apparaît, après enquête sociale, que la mère qui demandait l'exercice en commun et la résidence des enfants a un comportement psychologique négatif pour les enfants auquel s'ajoute une précarité affective et matérielle, ce qui justifie pour le juge un refus de mise en place de l'exercice en commun.

Ces dossiers sont le reflet de l'opinion émise par certains magistrats qui refusent la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale lorsque le désintérêt d'un parent entraîne des problèmes pratiques, notamment en ce qui concerne les autorisations ou lorsqu'il existe des manquements graves du parent (violence, attentat à la pudeur, alcoolisme). Les problèmes psychologiques du parent peuvent également être à l'origine de ce refus notamment lorsque les parents n'arrivent pas à s'assumer eux-mêmes. Enfin, selon les magistrats interrogés, il y a 5% des cas dans lesquels un parent s'oppose systématiquement à l'autre, ce qui fait obstacle à la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale.

Enfin, on constate que les demandes reconventionnelles qui ont pour but d'obtenir un exercice en commun de l'autorité parentale sont fréquemment refusées. Ainsi sur le site de Lyon pour l'année 1994, elles concernent quatre dossiers soit sept enfants. Or, l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est maintenu par le juge dans ces quatre dossiers.

Ces dossiers révèlent un désaccord des parents sur le principe même de l'exercice de l'autorité parentale. Si l'intérêt de l'enfant est menacé en cas de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale, le juge ne fait pas droit à cette demande. Il s'agit ici de situations familiales difficiles (dans un dossier par exemple, le dialogue est impossible à établir entre les parents) dans lesquelles le juge a un rôle protecteur de l'intérêt de l'enfant.

Il est toutefois des hypothèses où le juge reçoit la demande reconventionnelle parce qu'il estime « qu'il est de l'intérêt de l'enfant que les deux parents puissent s'occuper ensemble de son éducation » ou parce que « les parents se montrent soucieux de l'équilibre et de l'éducation de l'enfant ».

En définitive, la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale est quasi-systématique lorsqu'un accord intervient entre les parents à ce sujet. Le juge entérine cet accord car il préserve les intérêts en présence. Parfois le juge décide également d'un tel exercice malgré l'opposition de l'un des parents car le principe est aujourd'hui le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents. Il en est de même dans certains dossiers lorsque les parents n'en ont pas fait la demande. Le juge met donc en place un exercice en commun de l'autorité parentale sauf circonstances particulières où l'intérêt de l'enfant n'est pas préservé par un tel exercice, ce qui recoupe essentiellement des hypothèses de désintérêt de l'un des parents.

Il est à noter enfin que les demandes reconventionnelles qui ont pour objet la mise en place d'un exercice en commun aboutissent rarement. Un tel exercice n'est pas mis en place par le juge si l'intérêt de l'enfant, au regard de la situation familiale, requiert le maintien d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale¹. Ces demandes reconventionnelles sont souvent la réponse du parent défendeur face à la demande de l'autre parent tendant à modifier le droit de visite ou d'hébergement, ce qui peut expliquer qu'elles n'aboutissent pas toujours.

Etant donné qu'au moment du divorce l'exercice en commun de l'autorité parentale est désormais le principe, sa mise en place dans un contentieux post-divorce devrait donc devenir exceptionnelle. La situation familiale peut cependant évoluer avec le temps et une remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale peut être envisagée dans le contentieux de l'après-divorce si l'intérêt de l'enfant le requiert.

Par. 2 : La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le contentieux de l'après-divorce

Lors du divorce, un exercice en commun de l'autorité parentale a été mis en place par le juge. Quelques années plus tard, l'un des parents ou les deux saisissent le juge afin de modifier la décision de divorce. Les parents peuvent avoir pour objectif de demander un changement de la résidence de l'enfant ou la modification du droit de visite du parent², mais également de remettre en cause le principe même de l'exercice en commun de l'autorité parentale, ce qui fera plus particulièrement l'objet de cette étude. Selon les magistrats lyonnais, la remise en cause, par une procédure ultérieure, de la décision relative à l'autorité parentale dans son ensemble ne serait pas plus fréquente qu'auparavant. A Nanterre, les magistrats semblent moins optimistes puisque selon certains, il y aurait de plus en plus de demandes de modifications.

La contestation du principe même de l'exercice en commun de l'autorité parentale arrive néanmoins en dernier lieu dans les demandes formulées par les parents. En premier se placent les pensions alimentaires, ensuite le droit de visite et d'hébergement, la résidence de l'enfant et enfin la remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Ces hypothèses de remise en cause de l'exercice en commun concernent des familles "pathologiques" soit, selon les entretiens, cinq pour cent des familles. Ces hypothèses concernent des dossiers dans lesquels un conflit important existe entre les parents ou dans lesquels l'un des parents est absent.

Le principe est désormais l'exercice en commun de l'autorité parentale après le divorce des parents. Cependant, le juge a toujours la possibilité de confier l'exercice de l'autorité

¹ Cette solution n'est pas liée à la forme procédurale de la demande mais au fait que la demande traduit la volonté du parent d'obtenir l'exercice en commun en réaction à la demande principale de l'autre parent.

² Cf. *Infra* Section 2

parentale à un seul des parents, si l'intérêt de l'enfant le commande¹. Cette étude a pour objectif d'apprécier la remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale par le juge et notamment de déterminer dans quelles hypothèses cette remise en cause intervient.

Ce contentieux concerne 30 dossiers sur les 133 dossiers qui font l'objet d'un contentieux relatif à l'exercice de l'autorité parentale. Le nombre de remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale est faible puisqu'il ne représente que 22,5 % du contentieux relatif à l'autorité parentale. Ces dossiers méritent toutefois une attention particulière puisque le principe est désormais l'exercice en commun de l'autorité parentale.

On a observé que la solution aboutissant à une remise en cause de l'exercice en commun ne correspond pas, pour tous les dossiers étudiés, à la demande formulée par les parents. Il convient donc de s'attacher successivement à l'étude de la remise en cause de l'exercice en commun demandée par les parents (A) et à celle prononcée en l'absence de demande parentale (B).

A- La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale à l'initiative des parents

Vingt dossiers sont concernés par une remise en cause par l'un des parents de l'exercice en commun de l'autorité parentale instauré au moment du divorce.

Seront successivement étudiées les circonstances de la demande, la demande elle-même et enfin la décision du juge aux affaires familiales.

1- Les circonstances de la demande

Il convient tout d'abord d'étudier le type de divorce avant d'aborder l'existence d'un contentieux intermédiaire.

a) Le type de divorce

Lors du divorce, les parents ont obtenu la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale sur leur enfant. L'étude des circonstances de la demande consiste à savoir quel type de divorce prédomine dans ce contentieux post-divorce.

¹ Article 287 du Code civil.

Tableau n° 31 : Type de divorce

Divorce pour faute	8
Requête conjointe	5
Demande acceptée	2
Sans réponse	5

Tableau effectué par dossiers soit 20.

La répartition entre les divorces pour faute et les divorces non contentieux ne fait apparaître aucune différence notable. Le type de divorce ne permet pas d'obtenir de renseignements sur les circonstances de la remise en cause ultérieure de l'exercice en commun de l'autorité parentale .

b) L'existence d'un contentieux intermédiaire

Sur l'ensemble des dossiers, 5 font l'objet d'un contentieux intermédiaire. Ces dossiers pourraient correspondre à des situations conflictuelles exigeant plusieurs interventions du juge et dont on comprend qu'elles puissent aboutir à une remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Cette remise en cause est d'ailleurs pour 4 dossiers l'objet du contentieux intermédiaire ; le juge accède à cette demande dans tous ces dossiers. Il est donc intéressant d'étudier cette remise en cause même s'il elle n'a pas strictement pour cadre l'après-divorce. Ces dossiers se retrouvent en effet lors de l'étude de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale puisque dans une procédure ultérieure ce retour à l'exercice en commun de l'autorité parentale est à nouveau envisagé par l'un des parents.

Dans une affaire, la mère a obtenu la résidence de l'enfant à l'issue du divorce. Mais, lors du contentieux intermédiaire, l'un des parents (l'auteur de la demande est inconnu mais il est très probable que ce soit le père non hébergeant) demande que l'autorité parentale soit exercée unilatéralement par le père. Le juge fait droit à cette demande au motif que la mère de l'enfant est partie en Espagne. Cet éloignement risque de rendre difficile la prise de décisions concernant l'enfant, par les deux parents. L'éloignement de la mère justifie par conséquent la remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Dans un autre dossier le juge met en place un exercice unilatéral de l'autorité parentale de la mère car elle part en Australie. Les circonstances de ce départ expliquent la remise en cause de l'exercice en commun : les parents ayant désormais des difficultés pour prendre ensemble les décisions relatives à l'enfant.

Dans une autre affaire, le juge maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale mais il ordonne une enquête sociale et suspend le droit de visite du père.

Dans un autre cas, le juge remet en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale mais ordonne une enquête sociale pour établir le droit de visite du père. Il est à noter que dans ce dossier le père ne s'oppose pas à l'exercice unilatéral par la mère de l'autorité parentale.

2- La demande relative à l'autorité parentale

La recherche d'une explication du faible nombre de demandes de remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est pas aisée. On peut considérer que l'exercice en commun est satisfaisant pour les couple : il n'y a pas de conflits entre les parents, quant à la prise de décisions relatives à l'enfant, qui pourraient paralyser cet exercice en commun.

L'importance des divorces « gracieux »¹ (7) pourrait expliquer cette faible demande car les parents se mettent d'accord sur les décisions à prendre dans l'intérêt de l'enfant, au moment du divorce et après celui-ci. Ils concentrent leurs demandes post-divorce sur la résidence de l'enfant et le droit de visite du parent qui n'a pas la résidence mais remettent très peu en cause le principe même de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

De plus, l'absence d'éléments nouveaux, tel le désintérêt de l'un des parents à l'égard des enfants depuis le divorce, peut justifier le faible nombre de demandes de remise en cause de l'exercice en commun.

a) La durée entre la décision de divorce et la demande

Tableau n° 32 : Durée entre le divorce et la demande

0 à 2 ans	10
2 à 4 ans	4
4 à 6 ans	3
plus de 6 ans	2
Sans réponse	1

Tableau établi en fonction du nombre de dossiers soit 20.

On constate une prédominance des dossiers dans lesquels la demande intervient dans un court délai suivant le divorce (10 sur 20). Cette forte proportion permet de conclure à une

¹ Cf. *supra* sur le type de divorce : Tableau n°23

arrivée rapide du conflit tendant à remettre en cause le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale dont on peut penser qu'il n'a pas été accepté par les parents au moment du divorce ou qu'il s'avère mal adapté à la situation. Néanmoins, la période entre 2 et 6 ans après le divorce révèle un nombre non négligeable de remises en cause (7) : peut-être s'agit-il d'une période charnière dans le fonctionnement de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

b) L'auteur de la demande de remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Tableau n° 33 : Auteur de la demande de remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Demandeur	Objet de la demande	
	EUAP Mère	EUAP Père
Mère hébergeante	14*	-
Père hébergeant	-	-
Mère non hébergeante	1	-
Père non hébergeant	-	2

Tableau établi sur la base de 17 dossiers car 3 dossiers ont été exclus puisque la remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale a eu lieu lors du contentieux intermédiaire.

(*) Pour l'un des dossiers, la décision avait fixé une résidence alternée, mais la mère sollicite un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Dans la plupart des cas, la mère est demandeur d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale en sa faveur (15). En effet, les demandes des pères sont peu nombreuses (2 sur 17). Bien que les mères se voient fréquemment confier la résidence de l'enfant lors du divorce, elles sont le plus souvent à l'origine de la remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale. En effet, les demandes émanent pour la plupart de mères hébergeantes. Le parent qui assume la charge principale de l'enfant remet donc le plus souvent en cause le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale. On peut supposer que l'exercice en commun de l'autorité parentale pose des problèmes dans la vie quotidienne de certains parents hébergeants c'est-à-dire que les mères rencontrent des difficultés dans la prise de décisions communes relatives à l'enfant. L'étude des dossiers montre également que la demande de la mère correspond fréquemment à une situation de désintérêt du père vis-à-vis de l'enfant. Cette constatation permet de déduire que ce n'est pas forcément un conflit entre les parents mais plutôt l'absence de l'un d'eux qui est à l'origine de la demande.

Dans l'hypothèse où la mère remet en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le cadre d'un hébergement alterné, elle motive sa demande par le fait que la nouvelle

épouse du père de l'enfant prend les décisions relatives à celui-ci. Ce dossier illustre les difficultés susceptibles de survenir lors de l'arrivée d'un nouveau conjoint au foyer d'un des parents.

Toutes les demandes ont pour objet un exercice unilatéral au profit du demandeur dans le but vraisemblable de réduire les pouvoirs de l'autre parent à l'égard de l'enfant.

c) La réaction du défendeur

Tableau n° 34 : Réaction du défendeur

Défendeur	Réaction du défendeur				
	Accord	Statu quo	Autre*	Aucune	Pas de réponse
Père	1	5	3	5	1
Mère	-	1		1	-
Total	1	6	3	6	1

Tableau établi en fonction du nombre de dossiers soit 17.

* Demandes reconventionnelles

Dans ces hypothèses, ou bien le défendeur demande le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale, ou bien il ne se manifeste pas, ce qui révèle son désintérêt pour l'enfant confirmant ainsi les motivations des demandeurs. Le désir de maintenir la situation antérieure témoigne de l'importance de l'exercice en commun de l'autorité parentale. En effet, le plus souvent la demande n'a pas pour objet de modifier la résidence de l'enfant et même non hébergeant, le défendeur tient à conserver les prérogatives qui résultent pour lui de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Cette réaction n'est toutefois pas plus fréquente que l'absence de réaction à la remise en cause de l'exercice en commun.

3- La décision du juge

Tableau n° 35 : Demande et solution

Demande	Solution				
	Ex. conj. rés. père	Ex. conj. rés. mère	Ex. conj. rés. 1/3	Ex. unil. père	Ex. unil. mère
Ex. unil. père	-	1	-	1	-
Ex. unil. mère	-	6	1	-	8

Tableau établi en fonction du nombre de dossiers soit 17.

La plupart des demandes émanant des mères hébergeantes, la décision du juge ne modifie pas le lieu de vie de l'enfant. En effet, ces demandes aboutissent généralement à une résidence chez elles dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale ou à un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Dans la majorité des hypothèses le juge accède à la demande de la mère et remet en cause l'exercice en commun de l'autorité, en reconnaissant l'intérêt d'instaurer un exercice unilatéral de l'autorité parentale compte tenu du désintérêt du père (8 dossiers concernés). La décision est fondée sur l'intérêt de l'enfant ou sur le fait que l'exercice en commun de l'autorité parentale est source d'une aggravation du conflit parental. Cette observation est confirmée par le fait que le juge réduit souvent le droit de visite et d'hébergement en même temps qu'il supprime l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Toutefois dans un nombre élevé de cas (8 sur 17), le juge refuse de remettre en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale. Lorsqu'il motive sa décision, il invoque l'absence d'éléments nouveaux en lien avec l'attitude du père à l'égard de l'enfant justifiant un exercice exclusif de l'autorité parentale. Cependant, les juges motivent rarement leur décision lorsqu'ils refusent de remettre en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale. On peut supposer qu'ils estiment cette motivation peu nécessaire au regard des textes qui érigent l'exercice en commun de l'autorité parentale en principe ; l'instauration de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale étant exceptionnelle, elle appelle en revanche une justification.

B- La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale en l'absence d'une demande parentale

On constate lors de l'étude des solutions que le rôle du juge est important car il remet parfois en cause de son propre chef l'exercice en commun de l'autorité parentale sans que les parents en aient fait la demande. Cette initiative du juge se retrouve dans 5 dossiers (soit 6 enfants) dont 4 à Lyon et 1 à Nanterre.

On peut se demander si le juge a le pouvoir de remettre en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale alors que les parents n'en avaient pas fait la demande. Le principe du dispositif¹ lie le juge au cadre du procès tel que les parties l'ont tracé. Il ne peut modifier d'office l'objet de leur demande. Cependant, l'intérêt de l'enfant peut-il justifier cette entorse au principe du dispositif ? Le juge a le pouvoir, lors du divorce, de ne pas mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale, si l'intérêt de l'enfant le commande². Dans le contentieux post-divorce, le juge a également le pouvoir de sauvegarder l'intérêt de l'enfant par une remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale, si l'intérêt de l'enfant le requiert.

Malgré sa faible importance quantitative, cette situation mérite une étude particulière du fait du rôle original du juge.

1- Circonstances de la remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale

a) Le type de divorce

Tableau n°36 : Type de divorce

Faute	4
Requête conjointe	4
Demande acceptée	0
Sans réponse	2

Tableau établi en fonction du nombre de dossiers soit 10.

¹ Article 7 du nouveau Code de procédure Civile.

² Article 287 alinéa 2 du Code civil : "Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents".

Article 247 du Code civil : "Il est plus spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs".
Le juge a un pouvoir souverain d'appréciation de l'intérêt de l'enfant : Civ. 2ème 28 mars 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, 602.

Malgré le nombre peu élevé de situations, on relève un nombre équivalent de divorce sur requête conjointe et de divorce pour faute. Il est donc des hypothèses où le juge intervient de sa propre initiative avec comme critère l'intérêt de l'enfant alors que dans certains dossiers (4) les parents étaient au moment du divorce d'accord pour mettre en place un exercice en commun de l'autorité parentale.

b) Le contentieux intermédiaire

Trois dossiers sur cinq font l'objet d'un contentieux intermédiaire. Il s'agit de situations dans lesquelles le juge a été sollicité plusieurs fois, ce qui peut, au moins partiellement, expliquer que le magistrat, face à l'échec patent de l'exercice en commun de l'autorité parentale, remette lui-même en cause le mode d'exercice de l'autorité parentale.

2- La demande

Tableau n° 37 : Auteur et l'objet de la demande

Objet de la demande	Auteur de la demande		
	Autorité parentale	Résidence	DVH
Père hébergeant	-	-	-
Père non hébergeant	-	6	-
Mère hébergeante	-	-	1
Mère non hébergeante	-	1	1

Tableau établi en fonction du nombre de dossiers soit 9 car un dossier a été exclu puisque lors du contentieux intermédiaire, le juge a remis en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Toutes les demandes portent sur la résidence ou le droit de visite et d'hébergement sans toutefois que les parents souhaitent revenir sur l'exercice en commun de l'autorité parentale, alors même que les situations apparaissent pour le moins délicates.

3- La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale par le juge aux affaires familiales

Tableau n° 38 : Objet de la demande et la décision

Objet de la demande	Décision	
	EUAP Mère	EUAP Père
Autorité parentale	-	-
Résidence père	2	4
Résidence mère	1	-
Droit de visite	1	1

Le juge motive sa décision relative à l'autorité parentale en se référant à l'intérêt de l'enfant. Dans deux dossiers il invoque l'absence de situation stable de la mère.

On constate également que dans deux des trois dossiers, le juge met en place un droit de visite en "lieu neutre", ce qui pourrait induire une situation familiale menaçante pour l'intérêt de l'enfant et expliquer pour partie la remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale lors du contentieux post-divorce.

En outre, dans un dossier, la mère avait sollicité à l'audience la fixation de la résidence de sa fille à son domicile en indiquant que celle-ci souhaitait vivre avec elle. Le père donne son accord à la demande de la mère. Il ressort de l'audition de l'enfant que celle-ci souhaite vivre avec sa mère car elle ne s'entend pas très bien avec sa belle-mère. Le juge met en place un exercice unilatéral en faveur de la mère au regard de l'audition de l'enfant, de l'âge (16 ans) et de l'accord des parents sur les mesures relatives à leur enfant. On peut supposer qu'ils se sont mis d'accord à l'audience sur l'exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Dans un autre dossier, la mère a demandé la suppression du droit de visite du père car il ne l'exerce pas, ne téléphone jamais. Mais elle n'a pas formulé de demande sur le principe même de l'autorité parentale. On peut donc penser qu'elle désirait le maintien de l'exercice en commun. Le père ne se manifeste pas et le juge met en place un exercice unilatéral en faveur de la mère en motivant surtout sa décision sur le droit de visite en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Dans une autre affaire, le père a demandé l'exercice en commun avec la résidence des enfants fixée chez lui. La mère s'oppose à la demande en ce qui concerne le plus jeune des deux enfants. Le juge met en place un exercice unilatéral pour les deux enfants l'un en faveur du père et l'autre en faveur de la mère.

Dans le quatrième dossier, dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, la mère a la résidence de l'enfant et le père a un droit de visite réduit en lieu neutre. Il demande un élargissement de son droit de visite (droit de visite libre) mais ne formule aucune remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Le juge met en place un exercice unilatéral en faveur de la mère pour les deux enfants.

Dans un autre cas, le père non hébergeant demandait lors d'un contentieux intermédiaire un changement de résidence : l'enfant vivait chez sa mère et le père voulait obtenir sa résidence. Le juge sursoit à statuer sur la demande et ordonne une enquête sociale. Cette dernière révèle un climat d'alcoolisme et de violence chez la mère (insécurité et instabilité). Le juge dans sa décision définitive remet en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale et statue sur un exercice unilatéral en faveur du père. La motivation de la décision tient compte du rapport d'enquête sociale : "la mère n'est pas actuellement en mesure de participer à la prise en charge ou à l'éducation de l'enfant de manière effective".

Dans tous ces dossiers, on constate l'existence de circonstances particulières : l'un des parents paraît ne pas entretenir de relations satisfaisantes avec l'enfant ou le fonctionnement de l'exercice en commun paraît impossible et aggrave le conflit. L'exercice unilatéral permettra au parent de disposer des moyens juridiques pour assumer seul la fonction parentale. On peut en déduire, sous réserve du faible nombre de dossiers, que les magistrats ont une conception réaliste de l'exercice en commun de l'autorité parentale et qu'ils préfèrent le supprimer lorsqu'ils estiment qu'il ne peut être mis en œuvre dans l'intérêt de l'enfant.

Section 2 :

La résidence de l'enfant et le droit de visite et d'hébergement

Par essence, les décisions relatives aux relations de l'enfant avec ses deux parents ne sont jamais définitives ; au contraire, une souplesse nécessaire leur permet d'être adaptée à l'évolution de l'intérêt de l'enfant. Ce critère fondamental dans le cadre du contentieux de l'autorité parentale et de ses modalités d'exercice ne saurait en effet être déterminé une fois pour toutes au moment du divorce des parents de l'enfant.

La situation de la famille désunie est susceptible d'évoluer après la séparation soit que ses membres s'éloignent les uns des autres soit qu'ils se rapprochent. En grandissant l'enfant peut, en outre, exprimer le désir de modifier l'organisation de vie quotidienne telle qu'elle résulte de la décision prise à l'issue du divorce.

Qu'ils soient d'accord ou en conflit, les parents de l'enfant peuvent l'un et l'autre et à tout moment solliciter du juge aux affaires familiales une modification des mesures relatives à l'autorité parentale, la résidence ou le droit de visite et d'hébergement. La procédure qui résulte

d'une telle démarche est alors uniquement relative aux relations de l'enfant avec ses parents à l'exclusion des rapports de ces derniers entre eux.

L'étude de ces dossiers permet d'apprécier la mise en oeuvre dans le temps des dispositions relatives à l'exercice en commun de l'autorité parentale et du contentieux qu'il est susceptible d'engendrer. L'analyse concerne les 75 premiers dossiers d'après-divorce de chaque année à Lyon et à Nanterre ayant trait à l'exercice en commun de l'autorité parentale. La recherche ayant pour objet les relations de l'enfant avec ses deux parents, il convenait d'écarter les dossiers (rares au demeurant) dans lesquels un exercice unilatéral de l'autorité parentale a été mis en place au moment du divorce et où aucun partage de l'exercice de l'autorité parentale n'est envisagé dans le contentieux de l'après-divorce, ni par le juge, ni par les parties.

Parmi les 300 dossiers objets de l'étude certains ne concernent que l'exercice de l'autorité parentale ; d'autres sont relatifs au moins pour partie à la résidence ou au droit de visite et d'hébergement ; seuls ces derniers ont été pris en compte pour cette section. Ils peuvent être répartis en deux catégories : d'une part les 199 dossiers dans lesquels un exercice en commun de l'autorité parentale a été instauré lors du divorce (§1) ; d'autre part les 79 dossiers dans lesquels un exercice unilatéral de l'autorité parentale a été mis en place lors du prononcé du divorce et pour lesquels un exercice en commun de l'autorité parentale est demandé par les parents et/ou mis en place par le juge dans le cadre de l'après-divorce (§2).

Par. 1 : Le contentieux de l'après-divorce dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale

Le contentieux de l'après-divorce dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale peut faire l'objet d'une étude chronologique à travers l'analyse d'une part de la situation antérieure à la demande (A), d'autre part de la demande elle-même (B) et enfin de la résidence (C).

A- La situation antérieure à la demande

Pour apprécier la situation de la famille antérieurement à la demande tendant à une modification de la résidence ou du droit de visite et d'hébergement, il convient de connaître le type de divorce ayant été prononcé, le lieu de résidence de l'enfant décidé par le juge dans ce dernier cadre ainsi que l'existence ou non d'un contentieux entre le divorce ou la décision étudiée.

Tableau n° 39 : Type de divorce

	Faute	Requête conjointe	Demande acceptée	Total
Effectif	66	95	10	171
%	38,59	55,56	5,85	100

Le divorce est connu dans seulement 171 dossiers.

Il apparaît clairement que le contentieux de l'autorité parentale dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est pas l'apanage du divorce pour faute. L'accord des parents au moment de la demande sur les différentes conséquences de leur séparation ne constitue pas un gage d'absence de contentieux ultérieur. Il faut toutefois préciser que la procédure d'après-divorce n'est pas obligatoirement conflictuelle, elle peut correspondre à une volonté commune des parents de modifier le cadre de leurs relations avec l'enfant.

Tableau n° 40 : Résidence de l'enfant au moment du divorce

	Résidence père	Résidence mère	Résidence alternée	Résidence tiers	Total
Effectif	39	151	5	3	198
%	19,7	76,26	2,52	1,52	100

Les chiffres sont calculés sur 198 dossiers puisqu'un enfant est né après le divorce

Dans la majorité des dossiers, la résidence de l'enfant a été fixée chez la mère ce qui ne saurait surprendre compte tenu des analyses précédentes relatives au divorce. Toutefois, la proportion de ces dossiers dans la cadre du contentieux de l'après-divorce est moins forte que celle observée au moment du divorce (86,3 %). A l'inverse la taux de dossiers pour lesquels la résidence de l'enfant a été fixée chez le père au moment du divorce est plus élevé (19,7 % contre 11,7 % au moment du divorce) ; on serait tenté de conclure que ces derniers sont plus souvent l'objet de contentieux.

De même, les dossiers dans lesquels le juge aux affaires familiales a fixé une résidence alternée au moment du divorce sont proportionnellement plus nombreux dans le cadre du contentieux de l'après-divorce que dans celui du divorce. On peut penser qu'ils donnent plus souvent lieu à un retour devant le juge aux affaires familiales du fait des difficultés que ce type d'organisation peut susciter. Un avocat de Nanterre remarque à ce propos que la résidence alternée constituerait pour certains parents une phase intermédiaire permettant aux parents de maintenir entre eux et avec leur enfant des relations fréquentes tout de suite après la séparation,

en en atténuant ainsi les effets. Lorsque la séparation est admise par les membres de la famille ils mettraient en place des modes de relations moins proches.

34 dossiers sur 199, soit 17, 08 % ont donné lieu à un recours devant le juge aux affaires familiales entre le divorce et le contentieux d'après-divorce étudié. Pour 14 d'entre eux, ce contentieux intermédiaire a permis le passage d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale fixé au moment du divorce à un exercice en commun de l'autorité parentale.

B- La demande

Les demandes qui font l'objet de l'étude émanent du père ou de la mère (il existe aussi des demandes conjointes) exerçant ensemble l'autorité parentale sur leur enfant depuis le divorce (ou le contentieux intermédiaire) elles portent sur la résidence ou le droit de visite et d'hébergement et parfois sur l'exercice de l'autorité parentale ; de nombreux dossiers comportent une demande ayant plusieurs objet.

Tableau n° 41 : Objet de la demande

	Résidence	D.V.H.	Autorité parentale	Total
Effectif	128	137	21	286
%	46,04	47,9	7,56	100

Le faible taux de demandes remettant en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale a déjà été remarqué précédemment. La résidence et le droit de visite et d'hébergement constituent l'essentiel du contentieux de l'après-divorce avec une prédominance du droit de visite et d'hébergement. Il paraît alors intéressant de distinguer la demande des parents selon qu'elle porte sur la résidence ou le droit de visite puis d'observer dans les deux hypothèses la réaction du défendeur.

1- La demande de changement de résidence

Tableau n° 42 : Auteur et objet de la demande relative à la résidence

Auteur de la demande	Objet de la demande		
	Résidence père	Résidence mère	Total
Père hébergeant		1	1
Père non hébergeant	50		50
Mère hébergeante	15		15
Mère non hébergeante		31	31
Conjointe	12	4	16
Total	77	36	113

Ces données sont connues seulement pour 113 dossiers

Le changement de résidence fait l'objet de 43,16 % des demandes et de 60,3 % des dossiers (120 sur 199).

Les pères (50 demandes) paraissent plus revendicatifs que les mères (46 demandes). Toutefois, cette différence est sans commune mesure avec la différence existant entre les décisions qui fixe la résidence de l'enfant chez la mère (86,3 %) et celles qui fixe la résidence de l'enfant chez le père (11,7 %) au moment du divorce.

Les demandes conjointes sont assez nombreuses puisqu'elles représentent 14,29 % des demandes relatives à la résidence. Elles tendent pour les trois quart d'entre elles à fixer la résidence de l'enfant chez son père.

44 % des demandes émanent des pères non hébergeant et ont pour objet la résidence de l'enfant chez son père ; les pères apparaissent ainsi plus dynamiques dans le cadre de l'après-divorce. Toutefois cette démarche paternelle n'est sans doute pas étrangère au fait que l'enfant est plus âgé au moment de cette nouvelle procédure. On a pu constater qu'au moment du divorce, les pères demandaient et obtenaient plus fréquemment la résidence des enfants âgés de 11 à 15 ans.

On trouve en seconde position, les demandes des mères non hébergeantes qui veulent que l'enfant réside chez elles (27,5 %). L'infériorité de ce chiffre s'explique aisément par le fait qu'un grand nombre de mère se voient confier la résidence de l'enfant au moment du divorce. Cette proportion est nettement supérieure à celle des mères non hébergeantes à l'issue du

divorce, lesquelles sollicitent fréquemment du juge une remise en cause de la résidence de l'enfant chez son père.

Il faut remarquer le nombre conséquent (12,5 %) de demandes émanant de mères hébergeantes en faveur d'une résidence de l'enfant chez son père. Ce chiffre traduit la prise en compte de la volonté de l'enfant par ses parents qui, bien souvent, par une telle demande mettent en conformité le fait et le droit. Il s'agit le plus souvent de dossiers dans lesquels les parents décident d'un commun accord le changement de résidence de l'enfant sans doute sollicité par ce dernier et souvent effectif lors de la présentation de la demande.

Nombre de magistrats et d'avocats interrogés à Lyon et à Nanterre affirment que de nombreuses procédures sont intentées par un parent sur la demande d'un enfant. Un avocat estime que l'enfant prend une part de plus en plus importante dans l'organisation de son mode de vie. L'influence de la volonté du mineur se fait également ressentir à travers l'existence des situations de fait affirme un magistrat. Les parents cèdent à la demande de l'enfant désirant vivre avec le parent qui ne s'est pas vu attribuer la résidence principale du mineur lors de la décision initiale. Ils régularisent alors ultérieurement la situation. La cause d'une nouvelle procédure est de ce fait indirectement liée à la volonté de l'enfant grandissant.

L'objet de la demande, abstraction faite de son auteur, est dans 76 cas sur 113 (soit 67,86 %) la résidence de l'enfant chez son père ; toutes les autres demandes concernent la résidence de l'enfant chez sa mère. Le fort taux d'exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence chez la mère au moment du divorce explique que la grande majorité des demandes vise à modifier la résidence de l'enfant en faveur du père. Ces chiffres tendent à confirmer l'impression d'un avocat qui estime qu'une évolution a eu lieu : "lorsque le père de l'enfant s'accroche à sa demande, qu'il est véritablement présent au sein de sa famille, il a tendance à obtenir plus facilement gain de cause depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993".

Il faut toutefois que le nombre de demandes ayant pour objet la résidence de l'enfant chez la mère (32,14 %) dépasse le nombre de résidences chez le père fixées au moment du divorce (11,7%) ce qui semble indiquer que la remise en cause de l'organisation de la vie quotidienne de l'enfant est proportionnellement plus fréquente lorsque celui-ci réside chez son père au moment du divorce.

2- La demande relative au droit de visite et d'hébergement

137 demandes portent sur le droit de visite et d'hébergement du parent qui ne vit pas avec l'enfant, soit 49,28 % des demandes et 68,8 % des dossiers. Toutefois la demande relative au droit de visite et d'hébergement est fréquemment la conséquence d'une demande en

changement de résidence, le parent demandeur proposant alors un droit de visite pour l'autre parent.

L'étude du contentieux relatif au droit de visite et d'hébergement ne peut porter que sur les demandes ayant pour objet le droit de visite ou l'autorité parentale (73 dossiers). Lorsque la demande principale est un changement de résidence (64 dossiers) aucune comparaison n'est possible entre le droit de visite et d'hébergement au moment du divorce et le droit de visite et d'hébergement sollicité puisque la demande implique une substitution de son titulaire.

Tableau n° 43 : Demande relative au droit de visite et d'hébergement

	Père non hébergeant	Père hébergeant	Mère non hébergeante	Mère hébergeante	Conjointe	Total
Augmen tation	7	-	3	3	-	13
Réduction	3	-	2	11	3	19
Suppression	-	-	-	10	-	10
Réglemen tation	11	2	4	12	2	31
Total	21	2	9	36	5	73

Le tableau a été établi à partir des 73 dossiers pour lesquels la demande porte sur le droit de visite et d'hébergement indépendamment de la résidence.

Les demandes les plus nombreuses ont pour objet la réglementation du droit de visite et d'hébergement à la suite d'une modification du domicile ou de la situation professionnelle d'un des parents et émanent du père qui est le plus souvent le titulaire du droit de visite. En fait, la réglementation du droit de visite et d'hébergement est demandée dans deux hypothèses : lorsque le parent souhaite plus de précisions quant à l'aménagement de ses relations personnelles avec l'enfant ou lorsque la situation de l'un des parents est modifiée et ne permet plus, ou moins facilement, l'exercice du droit de visite fixé au moment du divorce.

La détermination d'un cadre régissant les visites semble « sécuriser » de nombreux parents. Un dossier contient même une seule demande : celle visant à faire préciser par le juge que le parent non hébergeant viendra chercher et ramènera l'enfant au domicile du parent hébergeant.

Ce constat peut sembler étonnant puisqu'il ressort des entretiens effectués à Lyon comme à Nanterre, que les juges veillent particulièrement à fixer un droit de visite et d'hébergement, au moins à titre subsidiaire, qui doit servir de cadre à d'éventuelles difficultés. Cette fixation quasi systématique a précisément pour but d'éviter un recours postérieur à la

justice. Un juge aux affaires familiales de Nanterre affirme que la précision des jugements provient d'une demande de plus en plus fréquente de certains parents qui souhaitent que le "juge note tout dans la décision".

Les pères non hébergeant sollicitent dans 7 dossiers l'augmentation de leur droit de visite. Ces demandes émanent de pères qui ne se satisfont pas d'un droit de visite et d'hébergement « standard » (dont certains magistrats et avocats s'accordent à reconnaître qu'il est insuffisant pour le développement des relations entre l'enfant et le parent non hébergeant), et qui désirent rencontrer leur enfant pendant la semaine, le plus souvent le mercredi.

Les demandes tendant à la réduction du droit de visite apparaissent en deuxième position et sont souvent motivées par le désintérêt du père. On peut s'étonner de la présence de telles demandes dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, et s'interroger sur la réalité des relations de l'enfant avec ses deux parents dans de telles circonstances. Les mères hébergeantes sont le plus souvent les auteurs de ces demandes. Il s'agit sans doute d'hypothèses où le droit de visite est mal vécu par la mère ou non exercé. On remarque que lorsque la mère hébergeante change de domicile c'est elle en général qui sollicite la modification du droit de visite.

Les mères non hébergeantes ne sont pas absentes de ce contentieux puisqu'elles forment 21 demandes sur 73 (28,77 %). Ce chiffre est important comparé à la faible proportion de mères à qui n'a pas été attribué la résidence de l'enfant lors du divorce. Il semble que de manière générale, elles sont très présentes dans le contentieux d'après-divorce, que leur demande porte sur la résidence ou le droit de visite. On peut émettre l'hypothèse qu'elles ont été contraintes par les circonstances au moment du divorce de limiter leurs relations avec l'enfant et que par la suite, elles désirent les intensifier en demandant à ce que l'enfant vive chez elles ou en sollicitant l'augmentation de leur droit de visite.

3- La réaction du défendeur

Tableau n° 44 : Réaction du défendeur

	Accord	Statu quo	Demande de mesure	Demande reconv.	Total
Effectif	116	44	2	10	172
%	67,44	25,58	1,17	5,81	100

La réaction du défendeur n'est connue que dans 172 dossiers

La proportion des hypothèses dans lesquelles le défendeur est d'accord avec la demande (que celle-ci porte sur la résidence ou le droit de visite et d'hébergement) est particulièrement importante (67,44 %) et s'ajoute au nombre conséquent de demandes conjointes (14,29 % des demandes). Ce chiffre montre que le contentieux de l'après-divorce est avant tout une réorganisation concertée des relations de l'enfant avec ses deux parents. L'existence d'une procédure n'est pas alors le signe d'un dysfonctionnement de l'exercice en commun de l'autorité parentale et de ses modalités mais plutôt la manifestation d'une certaine souplesse du système.

Parmi les hypothèses de désaccord, la réaction principale du défendeur consiste à vouloir maintenir la situation antérieure.

Peu de défendeurs sollicitent une mesure d'accompagnement, ce qui explique en partie leur faible importance dans les dossiers étudiés.

C- La décision du juge aux affaires familiales relative à la résidence et au droit de visite et d'hébergement

Après avoir, dans certains cas, ordonné une mesure d'accompagnement (1-), le juge aux affaires familiales statue, dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale à la fois, sur la résidence de l'enfant (2) et/ou sur le droit de visite et d'hébergement du parent non hébergeant (3).

1- Les mesures d'accompagnement

Parmi les 199 dossiers relatifs à la résidence ou au droit de visite et d'hébergement dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, 156, soit 78,39 % n'ont donné lieu à aucune mesure d'accompagnement. Cette forte proportion s'explique en partie par le nombre

important de dossiers dans lesquels les parents sont d'accord. Il semble, en outre, que la grande majorité des dossiers même conflictuels ne nécessitent pas aux yeux des juges une mesure d'information. Les entretiens avec les magistrats et l'étude des dossiers révèlent le rôle primordial du magistrat pour amener les parents à s'entendre sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

Tableau n° 45 : Mesures d'accompagnement

Enquête sociale	Audition	Expertise	Total
25	22	8	55

Parmi l'ensemble du contentieux relatif à la résidence ou au droit de visite dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, on dénombre 50 mesures d'accompagnement, sachant que plusieurs mesures peuvent être ordonnées dans un dossier.

La moitié de ces mesures sont des enquêtes sociales qui restent dans l'après-divorce comme dans le divorce la mesure la plus utilisée par les juges aux affaires familiales.

Toutefois le nombre d'auditions de l'enfant est similaire, et est beaucoup plus important dans le cadre de l'après-divorce que dans celui du divorce (4 pour 300 dossiers). Cette différence peut s'expliquer par le fait que l'enfant est par hypothèse plus âgé au moment de l'après-divorce qu'au moment du divorce ce qui facilite son audition. On peut penser en outre que le juge préfère entendre l'enfant dans le cadre d'une procédure relative uniquement à l'autorité parentale, le conflit conjugal ayant été réglé lors du divorce. Il semble enfin que nombre de demandes émanent de parents qui satisfont la volonté de l'enfant de modifier l'organisation de ses relations avec ses parents ; on peut alors supposer que cette volonté se traduit plus fréquemment par une audition du mineur.

L'expertise médico-psychologique est beaucoup plus rare (4 %), les magistrats préférant sans doute éviter à l'enfant une telle mesure ou la jugeant le plus souvent inutile.

Si les mesures d'accompagnement sont rarement ordonnées, il est cependant intéressant de constater que les magistrats se conforment dans toutes les décisions étudiées à leurs conclusions.

2- La décision relative à la résidence de l'enfant

Tableau n° 46 : Décision au regard de la demande

Demande	Décision					Total
	ECAP père	ECAP mère	ECAP rés. altern.	EUAP père	EUAP mère	
ECAP père	64	7	1	5	-	77
ECAP mère	11	24	-	1	-	36
EUAP père	1	2	-	1	-	4
EUAP mère	-	4	-	-	7	11
Total	76	37	1	7	7	128

Le tableau a été établi à partir des 128 dossiers pour lesquels le juge statue sur la résidence de l'enfant

Sur l'ensemble des décisions relatives à la résidence, 83, soit 64,84 % fixent la résidence de l'enfant chez son père (ce chiffre comprend les décisions fixant un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence chez le père et celles fixant un exercice unilatéral de l'autorité parentale dont le père est titulaire) conformément à la majorité des demandes ce qui s'explique notamment par le fait que la plupart des pères n'hébergent pas leur enfant à l'issue du divorce.

La majorité des demandes sont satisfaites par le juge (au total 96 sur 128 soit 75 %). Lorsque la demande a pour objet la résidence de l'enfant chez sa mère, elle est satisfaite dans 66,66 % des cas. De même, la demande en faveur de la résidence de l'enfant chez son père aboutit dans 84,21 % des hypothèses. De tels chiffres montrent que les juges ne sont pas particulièrement réticents pour confier l'enfant à son père, d'autant moins lorsque les parents sont d'accord, comme c'est fréquemment le cas.

Ce taux de satisfaction est encore plus important, abstraction faite du mode d'exercice de l'autorité parentale. Ainsi sur les 77 demandes ayant pour objet un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence de l'enfant chez son père, 64 sont totalement satisfaites par le juge et 5 aboutissent à un exercice unilatéral de l'autorité parentale (le père ayant plus de droits

que ce qu'il avait demandé au début de la procédure), ce qui permet de dire que 69 décisions sur 77 (soit 89,61 %) accordent au père la résidence de l'enfant.

Dans la même sens, on peut noter que les refus du juge de modifier la résidence de l'enfant sont proportionnellement plus nombreux lorsque la demande a pour objet la résidence de l'enfant chez la mère (12 sur 36 soit 33,33 %) que lorsque cette demande a pour objet la résidence de l'enfant chez son père (7 sur 77 soit 9,09 %). Une telle différence s'explique en partie par le fait que les demandes de résidence de l'enfant chez son père sont fréquemment accompagnées d'un accord de la mère. Cette remarque est toutefois réservée aux hypothèses où la demande de changement de résidence ne s'accompagne pas d'une demande relativement à l'exercice de l'autorité parentale. Dans ce cas en effet les demandes en faveur de la mère sont satisfaites 11 fois sur 12.

Dans 21 hypothèses seulement le conflit entre les parents à propos de la résidence de l'enfant est manifeste et perdure jusqu'à la fin de la procédure. Dans 12 cas sur 21, le juge tranche en faveur d'une résidence de l'enfant chez la mère. Toutefois, dans 9 cas sur 12, la résidence de l'enfant avait été fixée chez la mère lors du divorce. Ce chiffre confirme que les magistrats privilégient le maintien de la situation antérieure. Ainsi, lorsque le père agit pour demander le changement de résidence de l'enfant en sa faveur, il obtient satisfaction seulement dans 5 cas ; de même lorsque c'est la mère non hébergeante qui sollicite la résidence de l'enfant chez elle, elle l'obtient seulement dans 3 dossiers.

Dans un dossier le juge prononce, après une demande relative à l'exercice en commun de l'autorité parentale avec une résidence chez le père, un exercice en commun de l'autorité parentale avec une résidence alternée après une entente entre les parents au cours d'audience.

Les juges s'estiment en général favorables à cette pratique lorsqu'elle est demandée par les deux parents mais ne l'organisent que rarement dans leurs décisions. Ils préfèrent fixer de larges droits de visite. La résidence alternée exige en effet d'une part que les parents aient connaissance de cette possibilité d'organisation et d'autre part que de nombreuses conditions d'accord et de stabilité soient réunies. Cette réunion particulièrement rare lors d'une séparation explique le faible recours à cette pratique.

Certaines décisions séparent les enfants : 33 sur l'ensemble des années soit 11 % de l'ensemble des décisions. Ce pourcentage est loin d'être négligeable d'autant que le nouvel article 371-5 du Code civil issu de la loi du 30 décembre 1996 pose le principe selon lequel les frères et sœurs doivent être séparés de manière exceptionnelle et justifiée. Il ressort toutefois des entretiens que les avocats comme les magistrats regardent ces séparations avec suspicion. Les avocats ne les conseillent pas et les magistrats sont unanimes pour ne pas proposer cette solution sauf en cas d'accord très structuré des parents ou face à des fratries d'enfants d'âges très différents.

3- La décision relative au droit de visite et d'hébergement

Les décisions relatives au droit de visite et d'hébergement sont particulièrement nombreuses puisqu'elles concernent 90 % des décisions (179 sur 199). Il est rare que le juge ne statue pas sur le droit de visite et d'hébergement alors que la loi ne le prévoit pas dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Les magistrats justifient cette attitude par la volonté d'éviter les conflits ultérieurs.

Les décisions relatives au droit de visite et d'hébergement sont plus nombreuses que les demandes : les magistrats statuent donc sur ce point même lorsque les parents ne le demandent pas. Lorsque l'un des parents sollicite un changement de résidence, il ne demande pas toujours, en effet, la fixation d'un droit de visite et d'hébergement au profit de l'autre parent ; dans ce cas le juge, s'il modifie la résidence, statue systématiquement sur le droit de visite et d'hébergement.

De façon générale, le droit de visite et d'hébergement est fixé de manière précise, le juge prévoyant les jours et heures du début et de la fin du droit de visite (généralement du vendredi 18 ou 19 heures, ou le samedi 12 heures selon les horaires scolaires), son extension au jour férié précédant ou suivant la fin de semaine, les modalités de prise en charge de l'enfant ou encore une alternance pour l'anniversaire de l'enfant. Un tel luxe de détails peut surprendre dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale. On pourrait en effet penser que les parents s'entendraient sur ces différents points en dehors du cadre judiciaire. Au contraire, les parents semblent attendre du juge qu'il encadre le plus possible les relations de chacun des parents avec l'enfant, ce qui entraîne à l'évidence un défaut de souplesse.

Les magistrats, à Lyon comme à Nanterre, déclarent ne pas être particulièrement favorables à la détermination de droits de visite et d'hébergement libres. Un magistrat interrogé à Lyon affirme que "le fait de fixer le droit de visite et d'hébergement rend plus libre que la liberté car l'enfant est alors moins impliqué dans un éventuel conflit". A Nanterre, un juge affirme également que "décider d'un droit de visite et d'hébergement libre fait prendre un risque. Il peut aboutir à une véritable suppression du droit pour le parent qui en est titulaire dès le moindre conflit". La fixation d'un droit de visite et d'hébergement libre intervient surtout lorsque les parents demandent tous deux son instauration. L'accord des parents est entériné par le juge dans tous les dossiers.

Sur les 179 décisions portant sur le droit de visite et d'hébergement, 95 sont la conséquence du changement de résidence (soit 53 %) et 84 portent sur le droit de visite et d'hébergement sans changement de résidence

Tableau n° 47 : Décision relative au droit de visite et d'hébergement

Augment°	Diminution	Suspension	Liberté	Règlement°	Sans chgt	Total
18	15	6	3	28	14	84

Pour les 70 dossiers où le droit de visite et d'hébergement est modifié (dans 14 cas, le droit de visite et d'hébergement est maintenu tel que fixé antérieurement) 40 ont pour objet de le réglementer. 25 % des décisions (18 sur 70) augmentent le droit de visite. La proportion des décisions augmentant le droit de visite dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale mérite d'être soulignée. Elle représente en effet un nombre non négligeable d'hypothèses pour lesquelles les relations de l'enfant avec le parent chez qui il ne vit pas s'intensifient avec le temps et au fur et à mesure que l'enfant grandit. On peut penser que l'exercice en commun de l'autorité parentale qui constitue le cadre de ces relations favorise leur maintien voire leur développement.

Les demandes en augmentation du droit de visite et d'hébergement sont généralement accordées par les magistrats. Ainsi, les juges répondent favorablement aux demandes des parents qui souhaitent participer plus activement à la vie quotidienne de l'enfant qu'ils n'hébergent pas à titre principal. Ces demandes concernent essentiellement des droits de visite et d'hébergement réduits ou standards. Ils deviennent larges ou libres.

Les droits de visite et d'hébergement larges sont principalement des droits de visite qui, en plus des week-end, s'étendent dans la semaine. Huit dossiers précisent que le parent non hébergeant verra son enfant les deuxième et quatrième mercredis du mois ou deux fois par mois du mardi soir au mercredi soir ou encore le mercredi de 17 heures à 20 heures. Deux demandes en augmentation du droit de visite et d'hébergement n'ont pas été accordées. Un aménagement bimensuel ou hebdomadaire du jeudi 18 heures au vendredi 9 heures était demandé par le père non hébergeant. La mère s'y opposant, le juge accorde un droit de visite les premiers et troisièmes vendredis de chaque mois de 16 heures à 19 heures. Il faut préciser que dans ce cas, le droit de visite et d'hébergement s'exerçait déjà largement : les premières, troisièmes et cinquièmes fins de semaine du samedi 19 heures au lundi matin ainsi que le deuxième et quatrième mardi de chaque mois.

Dans le second dossier, le père demandait à voir ses deux filles un mercredi sur deux ou au moins un mercredi par mois. Les mineurs n'étaient pas favorables à cette nouvelle organisation car ils avaient des activités le mercredi. Le juge décide de laisser le droit de visite et d'hébergement tel qu'il avait été organisé dans la décision de divorce c'est à dire un droit de visite et d'hébergement standard du vendredi 18 heures au dimanche 19 heures 30.

La volonté de l'enfant grandissant a souvent une influence sur la décision. Lorsque le juge a connaissance des souhaits du mineur, la décision est conforme à ses sentiments.

En revanche, lorsque la demande vise une réduction du droit de visite et d'hébergement, le juge n'accède pas toujours à la demande (15 décisions pour 19 demandes) et il en va de même pour les demandes de suppression (6 demandes sur 10 sont satisfaites). Les juges évitent, dans la mesure du possible, de réduire les relations de l'enfant avec le parent non hébergeant et rappellent d'ailleurs souvent dans leurs motifs que le droit de visite et d'hébergement ne peut être diminué, suspendu ou supprimé qu'en cas de motifs graves

Le souci des magistrats de veiller à aménager leur décision afin que les enfants vivant séparément se retrouvent le week-end n'est pas apparu dans de nombreux dossiers. Cinq dossiers seulement contiennent ces aménagements. Trente-trois décisions séparent les enfants.

Par. 2 : Le contentieux de l'après-divorce relatif au droit de visite ou à la résidence de l'enfant dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale

Ce contentieux particulier a trait aux 79 dossiers pour lesquels un exercice unilatéral de l'autorité parentale a été fixé au moment du divorce.

La demande des parents a pour objet la résidence ou le droit de visite mais également l'exercice en commun de l'autorité parentale. Il peut aussi arriver que le juge mette en place un exercice en commun de l'autorité parentale alors que les parents ne l'ont pas demandé, même si on peut penser que le juge a obtenu leur adhésion sur ce point au cours de la procédure.

Le particularisme de ces dossiers lié à la mise en place exceptionnelle d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale au moment du divorce conduit à procéder à une étude détaillée de l'évolution de la situation familiale à travers la demande des parents (A) et la décision du juge (B).

A- La demande des parents

17 dossiers dans lesquels un exercice unilatéral de l'autorité parentale a été fixé au moment du divorce font état de l'existence d'un contentieux intermédiaire soit 21,52 %. Ce chiffre est légèrement supérieur à celui relevé dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Tableau n° 48 : Objet de la demande

Résidence	Rés. et DVH	Rés. et AP.	Rés. AP. DVH	DVH seul	DVH et AP
10	1	28	17	9	12

Tableau établi à partir des 79 dossiers pour lesquels un exercice unilatéral de l'autorité parentale a été fixé au moment du divorce ; chacun des dossiers comporte une demande portant sur plusieurs objets.

La plupart des demandes ont plusieurs objets et beaucoup d'entre elles tendent à remettre en cause l'ensemble des modalités de l'exercice de l'autorité parentale mises en place au moment du divorce. 17 demandes portent en effet sur l'exercice de l'autorité parentale, la résidence et le droit de visite tandis que 28 concernent à la fois la résidence et l'autorité parentale ; or si le juge acquiesce à une telle demande, le droit de visite s'en trouvera obligatoirement modifié. Ainsi 45 demandes sur 77 (connues) soit 58,44 % remettent en cause l'ensemble de la décision de divorce.

L'exercice de l'autorité parentale est dans ce cadre le deuxième objet du contentieux puisqu'il concerne 57 demandes (soit 74 %). Qu'elle porte sur la résidence (1-) ou sur la droit de visite et d'hébergement (2-), la demande des parents s'accompagne donc souvent d'une demande relative à l'autorité parentale.

1- La demande relative à la résidence

Les demandes relatives à la résidence principale des enfants sont difficiles à appréhender dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale parce qu'elles ne peuvent intervenir qu'accompagnées d'une demande de transfert de l'autorité parentale. Un simple changement de résidence est en effet impossible dans le cadre de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale du fait du lien indissociable entre la résidence de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale.

Certains dossiers, notamment à Lyon en 1994, contiennent une demande de changement de résidence dans le cadre de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Ces demandes par définition impossibles ont été analysées comme des demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale avec changement de résidence.

Il résulte de ces constatations que dans de nombreux cas, l'enjeu de la demande est la résidence de l'enfant. Cette remarque vaut notamment pour les mères qui demandent beaucoup plus rarement que les pères un exercice en commun de l'autorité parentale sans changement de résidence. Cette différence s'explique par le fait que la grande majorité des décisions fixant un exercice unilatéral de l'autorité parentale au moment du divorce sont favorables à la mère.

La résidence est l'objet de 59 demandes soit 76, 62 % des demandes. Elles constituent le premier objet du contentieux dans le cadre d'une exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Tableau n° 49 : Auteur et l'objet de la demande relative à la résidence

Auteur	Objet de la demande				Total
	ECAP père	ECAP mère	EUAP père	EUAP mère	
Père	27	–	6	1	34
Mère	3	14	–	2	19
Conjointe	5	1	–	–	6
Total	35	15	6	3	59

Les 59 demandes relatives à la résidence comprennent deux demandes reconventionnelles

Comme dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale, la majorité des demandes (69,18 %) ont pour objet une résidence de l'enfant chez le père ; elles sont le plus souvent accompagnées d'une modification de l'exercice de l'autorité parentale en faveur d'un partage (59,32 %). Ces dossiers tendent à un « rééquilibrage » des relations de l'enfant avec ses deux parents ; l'un devient hébergeant tandis que l'autre conserve des droits vis à vis de l'enfant par le partage de l'exercice de l'autorité parentale. On retrouve la même démarche pour les demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence chez la mère. Il s'agit de changements de résidence compensés par l'octroi au père qui avait la résidence de l'enfant, d'une partie de l'exercice de l'autorité parentale. Les pères sont donc les principaux demandeurs d'une modification de la résidence de l'enfant. Toutefois les mères non hébergeantes sont fortement représentées proportionnellement à leur faible nombre au moment du divorce.

2- La demande relative au droit de visite et d'hébergement

41 demandes (dont deux reconventionnelles) ont pour objet le droit de visite et d'hébergement ce qui représente 51,9 % des dossiers. Ce chiffre certes conséquent est cependant plus faible que dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale où le droit de visite et d'hébergement représente 68,8 % du contentieux. On observe un déplacement de l'objet du contentieux selon le mode d'exercice de l'autorité parentale au moment du divorce ; l'exercice de l'autorité parentale en elle-même est plus souvent contesté lorsqu'elle est exclusive tandis que le droit de visite est moins souvent remis en cause.

Tableau n° 50 : Auteur de la demande

Père non héb.	Mère non héb.	Père héb.	Mère héb.	Conjointe
7	—	1	12	1

Tableau établi à partir des 21 demandes portant sur le droit de visite et d'hébergement indépendamment de la résidence.

Un nombre non négligeable de demandes portent à la fois sur la droit de visite et d'hébergement et l'autorité parentale (15,58 %). Elles traduisent pour la plupart la volonté du parent non hébergeant d'intensifier ses rapports avec l'enfant d'une part grâce à un partage de l'exercice de l'autorité parentale, d'autre part grâce à un élargissement de son droit de visite. Toutefois, l'auteur de la demande est, le plus souvent, la mère non hébergeante qui désire réglementer ou réduire le droit de visite et d'hébergement du père. Le père non hébergeant arrive seulement en seconde position.

3- La réaction du défendeur

Tableau n° 51 : Réaction du défendeur

Accord	Statu quo	Aucune	Demande reconventionnelle
38	14	4	10

Tableau établi à partir des 66 dossiers pour lesquels la réaction du défendeur était connue

La prépondérance de l'accord entre les parents déjà remarquée dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale (62,37 %) se retrouve dans le cadre de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale (57,57 %) mais de manière moins marquée. En revanche, les demandes reconventionnelles sont plus nombreuses dans le cadre de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale (15,15 % au lieu de 5,38 %).

Les procédures d'après-divorce dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale sont ainsi plus conflictuelles même si elles n'excluent pas un accord des parents. Cette différence s'explique notamment par le fait qu'il s'agit fréquemment d'une remise en cause complète de la situation mise en place au moment du divorce. On peut en outre penser que le juge du divorce a prononcé un exercice unilatéral de l'autorité parentale parce qu'il estimait la situation trop conflictuelle pour permettre un partage de l'exercice de l'autorité parentale : le caractère conflictuel plus marqué des procédures ultérieures paraît lui donner raison.

B- La décision du juge aux affaires familiales

Le juge aux affaires familiales ordonne plus fréquemment une mesure d'accompagnement lorsque l'exercice de l'autorité parentale était exclusif au moment du divorce (33 mesures sur 79 dossiers). En effet, seuls 50,63 % des dossiers ne font pas l'objet d'une telle mesure, alors que ce chiffre atteignait les 78,39 % dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Il semble donc que les dossiers pour lesquels un exercice unilatéral de l'autorité parentale a été fixé au moment du divorce restent plus conflictuels et plus délicats à gérer. Les mesures d'accompagnement permettent au juge de recevoir une aide pour prendre une décision et elles peuvent dans certains cas constituer un moyen d'apaiser le conflit. Toutefois le désaccord entre les parents n'est pas la seule cause de ces mesures d'accompagnement puisque 12 d'entre elles seulement sont ordonnées dans des dossiers où se manifeste un désaccord flagrant.

Conformément à la demande, la décision du juge aux affaires familiales porte dans la plupart des cas sur l'ensemble des modalités d'exercice de l'autorité parentale et de manière quasi-systématique et cumulative sur la résidence (1) et sur le droit de visite et d'hébergement (2).

1- La résidence de l'enfant dans la décision

Tableau n° 52 : Décision relative à la résidence

Demande	Décision						Total
	ECAP père	ECAP mère	ECAP res. alternée	ECAP res. tiers	EUAP père	EUAP mère	
ECAP père	28	3	-	2	-	2	35
ECAP mère	6	6	1	-	2	-	15
EUAP père	6	-	-	-	-	-	6
EUAP mère	-	3	-	-	-	-	3
Total	40	12	2	1	2	2	59

Tableau établi à partir des 59 décisions statuant sur la résidence

Le taux de satisfaction des demandes est important puisqu'il représente 72,88 % (43 demandes sur 59) des demandes relatives à la résidence, abstraction faite des demandes relatives à l'autorité parentale (ainsi sont considérées comme satisfaites de ce point de vue les demandes d'exercice unilatéral de l'autorité parentale en faveur du père qui aboutissent à un exercice en commun de l'autorité parentale).

Sur les 59 décisions relatives à la résidence de l'enfant 42, soit 71,19 %, fixent la résidence de l'enfant chez son père, le plus souvent dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Ce chiffre s'explique là encore par le fait que l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est le plus souvent confié à la mère au moment du divorce.

Les décisions modifiant l'exercice de l'autorité parentale en même temps que la résidence sont très largement majoritaires (88,13 %) ce qui témoigne encore une fois du succès de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Il semble que l'évolution la plus fréquente réside dans le passage d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale au profit de la mère au moment du divorce à un exercice en commun de

l'autorité parentale avec résidence chez le père et un droit de visite relativement large pour la mère.

Les dossiers dans lesquels un conflit à propos de la résidence persiste jusqu'à la fin de la procédure sont extrêmement rares. Il a été possible d'isoler seulement 9 dossiers de ce type pour lesquels la réaction du défendeur était connue. Dans de telles hypothèses chacun des parents revendique la résidence de l'enfant chez lui, dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale ou d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Dans les deux tiers des cas, le juge statue en faveur d'une résidence de l'enfant chez la mère.

2- Le droit de visite et d'hébergement dans la décision du juge aux affaires familiales

Tableau n° 53 : Décision relative au droit de visite et d'hébergement

Augmentation	Diminution	Suspension	Réglementation	Sans changement
7	3	2	9	8

On retrouve dans le cadre de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale les mêmes appréciations que celles faites dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale à propos du droit de visite et d'hébergement.

Le nombre de décisions relatives au droit de visite et d'hébergement sans que la demande porte sur ce point est important : 32 dossiers sur 73 soit 43,8 %. 92,4 % des décisions concernent le droit de visite et d'hébergement.

La majorité des décisions (42 sur 79) relatives au droit de visite et d'hébergement ne sont que la conséquence d'un changement de résidence.

Seuls trois décisions réduisent le droit de visite et d'hébergement et 2 le suspendent. On comprend d'autant mieux la réticence des magistrats à limiter dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale les liens de l'enfant avec le parent qui ne vit pas avec lui.

Deuxième partie :
L'exercice de l'autorité parentale
dans la famille naturelle

L'égalité des filiations se manifeste à travers les textes relatifs à l'autorité parentale et se confirme dans les faits. Les dossiers relatifs à l'exercice de l'autorité parentale sur un enfant naturel occupent en effet une place importante dans le contentieux de l'autorité parentale.

Les parents d'un enfant naturel sont toutefois placés dans une situation différente de celle vécue par les parents d'un enfant légitime puisque la loi accorde seulement aux parents naturels un choix entre deux types de procédures, au moins pour ce qui concerne la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Il convient donc de distinguer, pour la famille naturelle, les procédures gracieuses relatives à l'autorité parentale (**Chapitre 1**) et les procédures contentieuses (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 :

Les procédures gracieuses

relatives à l'exercice en commun de l'autorité parentale

dans la famille naturelle

Deux procédures relatives à l'exercice de l'autorité parentale dans la famille naturelle relèvent d'une situation non contentieuse entre les parents : il s'agit, d'une part, de la procédure de délivrance de l'acte de communauté de vie (art. 372-1), et d'autre part, du système de la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale (art. 374 al. 2).

La consécration de l'exercice en commun de « plein-droit » de l'autorité parentale dans la famille naturelle est à l'origine de la procédure de délivrance de l'acte de communauté de vie. La loi du 8 janvier 1993 prévoit, en effet, que les parents exercent automatiquement l'autorité parentale en commun s'ils ont « tous deux reconnu l'enfant avant qu'il ait atteint l'âge d'un an et s'ils vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance »¹. En outre, une disposition transitoire de la loi de 1993 a permis aux parents qui ont reconnu leur enfant avant l'entrée en vigueur de la loi, de bénéficier du nouvel article 372 alinéa 2 du code civil, s'ils vivaient ensemble au moment de l'entrée en vigueur de la loi².

L'introduction de ces critères risquant de poser des problèmes de preuve, le législateur a prévu qu'il est "justifié de la communauté de vie entre les père et mère au moment de la reconnaissance de leur enfant par un acte délivré par le juge aux affaires familiales établi au vu des éléments apportés par le demandeur"³. Le juge aux affaires familiales est effectivement compétent, depuis le 1er février 1994, pour délivrer l'acte de communauté de vie (**Section 1**).

Le système de la déclaration conjointe d'autorité parentale, prévu par l'article 374 alinéa 2 du code civil, s'adresse, quant à lui, aux parents qui ne répondent pas aux conditions de l'article 372 alinéa 2 du code civil. Depuis 1995, le juge aux affaires familiales a vu sa compétence pour enregistrer les demandes conjointes d'autorité parentale transférée au greffier en chef du tribunal de grande instance (**Section 2**).

¹ Article 372 alinéa 2 du code civil.

² Article 46 de la loi du 8 janvier 1993.

³ Article 372-1 du code civil.

Section 1 :
L'acte de communauté de vie

L'acte de communauté de vie est une innovation de la réforme de 1993 destinée à faciliter la preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Tableau n° 54 : Nombre d'actes de communauté de vie

	1994	1995	Total
Lyon	9	3	12
Nanterre	16	9	25
Total	25	12	37

Seulement 37 actes de communauté de vie ont été délivrés au cours des années 1994 et 1995 à Lyon et à Nanterre. En outre, on observe une diminution sensible de la délivrance d'actes de communauté de vie, soit une baisse d'un peu plus de 50%, sur les deux sites, entre les années 1994 et 1995.

Nouveauté de la loi de 1993, l'acte de communauté de vie est peut-être encore mal connu de la population. Mais peut-être n'est ce pas la seule explication de la désaffection croissante des parents à son égard.

Par. 1 : Le profil de la famille concernée par l'établissement d'un acte de communauté de vie

Il convient de définir le profil du parent qui demande la délivrance de l'acte de communauté de vie : l'âge des parents (A), la nationalité des parents (B), la résidence du parent (C), l'âge des enfants (D), la reconnaissance des enfants (E).

A- L'âge des parents

Tableau n° 55 : Age des parents

Age	20 à 25 ans	26 à 30 ans	31 à 34 ans	35 à 39 ans	40 à 44 ans	Plus de 45 ans	Age inconnu	Total
Nombre	5	19	31	10	2	1	6	74

Les deux sites présentent les mêmes caractéristiques : la majeure partie des parents sont jeunes ; aucun parent n'a moins de 20 ans ; l'effectif le plus important se concentre dans la tranche d'âge des 26-34 ans.

B- La nationalité des parents

Tableau n° 56 : Nationalité du père

Nationalité	Étrangère	Française	Inconnue	Total
Père	5	8	24	37
Mère	1	9	27	37

Calculs en fonction du nombre de dossiers

En raison d'une forte proportion de nationalité inconnue, il est difficile d'analyser ces données.

Cependant, à Lyon, en 1994, il est intéressant de relever que 5 pères sur 9 sont de nationalité étrangère. Sans doute sont-ils désireux de faire la preuve de leurs droits parentaux au regard de la nouvelle législation sur l'immigration en date du 24 août 1993 : les éléments des dossiers révèlent en effet que le père effectue cette démarche car la préfecture lui réclame la preuve de ses droits parentaux sur l'enfant pour la régularisation de son titre de séjour. De fait, l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée par la loi du 24 août 1993 prévoit dans son article 15 qu'un parent étranger d'un enfant français titulaire de l'exercice de l'autorité parentale obtient de « plein droit » la carte de résident. En outre, l'article 25 de cette même loi dispose que le parent étranger qui exerce même partiellement l'autorité parentale sur un enfant français ne peut faire l'objet d'un arrêté d'expulsion.

Les nouvelles dispositions de la loi Debré du 26 avril 1997 conservent à l'acte de communauté de vie toute son importance en tant que preuve de l'exercice de l'autorité parentale. Les magistrats interrogés soulignent d'ailleurs les problèmes de preuve rencontrés par les pères auprès des administrations. En revanche, on observera que l'acte de communauté de vie n'est pas un élément de preuve décisif pour l'obtention d'un titre de séjour temporaire (art. 12 bis ord. 45 nouveau) : un tel titre n'est délivré de plein droit au parent étranger d'un enfant français que s'il subvient aux besoins de l'enfant depuis au moins un an, ce qui appelle d'autres éléments de preuve.

Il est important de remarquer, dès à présent, que sur les sites de Lyon 1995 et Nanterre 1994-1995, de nombreuses déclarations conjointes d'autorité parentale sont également motivées par l'obtention par le père d'une carte de résident¹. La simplicité de cette procédure exerce, là encore, un pouvoir attractif certain².

C- La résidence des parents

Tableau n° 57 : Résidence des parents

Résidence	Commune	Séparée	Inconnue	Total
Nombre	28	7	2	37
%	75,67	18,93	5,4	-

Calculs en fonction du nombre de dossiers

L'obtention de l'acte de communauté de vie n'est pas subordonné à une vie commune des parents au jour de la demande, mais au jour de la seconde reconnaissance. Toutefois, on remarque que dans 28 cas sur 37, les parents vivent encore ensemble. La tendance est particulièrement nette à Nanterre. La démarche de l'acte de communauté de vie intervient donc principalement dans le cadre d'une famille naturelle unie..

La recherche de la preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents naturels unis s'explique, selon les magistrats, par les problèmes de preuve rencontrés dans leur vie quotidienne à l'égard des tiers. Toutefois, ces problèmes de preuve sont susceptibles de se poser avec encore plus d'acuité pour les familles naturelles désunies. Aussi, le faible nombre de demandes de la part des parents vivant séparés est-il surprenant sauf si l'on compare ces chiffres avec ceux, plus élevés, des demandes contentieuses d'exercice en commun de l'autorité

¹ L'exercice en commun de l'autorité parentale après-divorce et dans la famille naturelle, Bilan d'application de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice en commun de l'autorité parentale : p. 192 sur les hypothèses de fraude à la déclaration conjointe.

² Cf. Section 2-Paragraphe 2

parentale formulées par des parents bénéficiant déjà de celui-ci par le plein effet de la loi du 8 janvier 1993¹. Les magistrats remarquent que ce mode de preuve est insuffisant face aux demandes des parents. En effet, leur démarche vers un juge s'inscrit généralement dans le cadre d'une séparation. Ils désirent alors obtenir du juge une décision judiciaire relative aux modalités d'exercice en commun de l'autorité parentale qu'ils détiennent de plein droit par la loi.

D- L'âge des enfants

Tableau n° 58 : Age des enfants

Age	Moins de 1 an	De 1 à 2 ans	De 2 à 3 ans	De 4 à 5 ans	De 6 à 9 ans	De 6 à 9 ans	Total
Nombre d'enfants	10	17	1	8	4	4	40

Calculs en fonction du nombre total d'enfants

La plupart des enfants concernés sont âgés de moins de 5 ans. Une forte proportion de ces enfants sont même âgés de moins de deux ans. La demande du parent intervient donc peu de temps après la naissance de l'enfant.

E- La reconnaissance des enfants

Tableau n° 59 : Reconnaissance des enfants

Reconnais-sances	Simultanée prénatale	Simultanée dans l'année	Père puis mère	Inconnue	Total
Nombre	20	17	2	1	40

Calculs en fonction du nombre total d'enfants

La condition pour bénéficier de l'exercice en commun de l'autorité parentale du fait de la loi et pour être, par conséquent, en situation de demander un acte de communauté de vie est celle de la reconnaissance de l'enfant avant l'âge d'un an, par des parents vivant ensemble au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance.

Les reconnaissances dans l'année de la naissance sont généralement faites simultanément puisqu'elles concernent 37 enfants sur 40.

¹ Cf. *supra*, tableau n°67

Les reconnaissances prénatales sont prépondérantes à Lyon, tandis que les reconnaissances post-natales sont majoritaires à Nanterre.

Se dégagent de l'ensemble de ces dossiers les caractéristiques de la famille type : il s'agit de parents jeunes qui vivent le plus souvent ensemble (dans 60% des cas à Lyon et dans plus de 80 % des cas à Nanterre) ; l'enfant est reconnu sans tarder, simultanément par les deux parents, ce qui démontre leur volonté commune d'assumer leurs responsabilités à l'égard de l'enfant.

Par. 2 : La procédure

La procédure débute par une demande qui émane d'un parent ou des deux (A) et entraîne dans certains cas l'information de l'autre parent (B). Le juge aux affaires familiales accède à la demande dans la plupart des hypothèses (C).

A- L'auteur de la demande

Tableau n° 60 : Auteur de la demande

Auteur	Père	Mère	Conjointe	Total
Nombre	22	3	12	37

Calculs en fonction du nombre de dossiers

La circulaire du 3 mars 1993 prévoit que le juge aux affaires familiales pourra délivrer l'acte de communauté de vie à n'importe lequel des parents qui en fait la demande. Il est toutefois logique qu'une telle demande émane le plus souvent des pères. En effet, à défaut de l'attribution automatique de l'exercice en commun de l'autorité parentale, celle-ci est unilatéralement exercée par la mère (article 374 alinéa 2 du code civil). Ce sont donc essentiellement les pères qui auront besoin de se prévaloir de l'acte de communauté de vie pour prouver l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Les pères, malgré l'égalité instaurée par la loi de 1993 entre le père et la mère en matière d'exercice de l'autorité parentale, restent marqués dans leurs comportements par l'ancien système de l'exercice de l'autorité parentale par la mère naturelle qui avait déjà perdu son caractère absolu depuis la loi du 22 Juillet 1987. Dans deux dossiers, deux pères ont expliqué leur démarche : pour l'un, il s'agit d'assurer son « droit de paternité » en vertu de la loi de 1993 ; pour l'autre, il s'agit de faciliter la justification auprès des tiers et notamment auprès du directeur de l'école de l'enfant de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Les pères semblent en quête de reconnaissance de leur rôle parental. De plus, les magistrats soulignent le problème de la connaissance par les tiers des nouveaux textes de loi ; un magistrat de Nanterre insiste notamment sur la réticence des administrations à l'égard des pères. Vis à vis des tiers, le père se retrouve très souvent dans la position de devoir apporter la preuve qu'il détient l'autorité parentale conjointe avec la mère.

En 1994, les demandes des mères sont très minoritaires. En 1995, aucune demande n'a été formulée par les mères. La seule demande existant à Nanterre en 1994 émane d'une mère vivant avec le père.

La demande d'un acte de communauté de vie est, dans 1 cas sur 3, conjointe. On remarque une persistance des demandes conjointes alors que la procédure de l'article 372-1 du code civil ne vise qu'un seul des parents. Cette situation paraît stable à Lyon. Nanterre connaît en revanche une légère augmentation du nombre des demandes conjointes. Il est utile de rappeler que la plupart des parents demandeurs vivent encore ensemble lorsqu'ils s'adressent au juge aux affaires familiales pour obtenir un acte de communauté de vie. Par conséquent, l'acte de communauté de vie peut être délivré non seulement au parent qui en fait la demande mais aussi aux deux parents. La principale motivation exprimée à travers l'ensemble des dossiers est que le ou les parents entendent non seulement faire la preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale mais aussi souhaitent « officialiser » une situation qui leur paraît officielle.

B- L'information et la réaction de l'autre parent

La demande de délivrance d'un acte de communauté de vie permet au parent naturel d'obtenir un moyen de preuve non contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Cependant, cette procédure non contradictoire présente le risque d'être diligentée par l'un des parents à l'insu de l'autre et dans un but pouvant être défavorable à ce dernier. Toutefois la circulaire du 3 mars 1993 précise que « la délivrance de l'acte ne saurait être refusée, ni différée au motif qu'un des parents se présenterait seul ».

Tableau n° 61 : Information et réaction de l'autre parent

Réaction	Présence des deux parents	Copie de l'acte à l'autre parent	Lettre écrite au parent non présent	Accord de l'autre parent	Inconnue	Total
Nombre	9	1	1	11	15	37

Calculs en fonction du nombre de dossiers

La réaction de l'autre parent est inconnue à Nanterre dans au moins 50% des cas, ce qui laisse supposer un défaut d'information du parent.

Toutefois, pour les situations connues, l'autre parent semble ne pas ignorer la démarche du demandeur à l'acte de communauté de vie puisque l'information de l'autre parent semble assurée, soit par sa présence à la procédure, soit par la copie de l'acte qui lui est adressée par le tribunal. En outre, certains dossiers comportent une lettre de l'autre parent ou mentionnent la manifestation de son approbation.

Il convient de rappeler que dans la majorité des cas la demande de délivrance d'un acte de communauté de vie intervient 28 fois sur 37¹ dans le cadre d'une famille naturelle unie et que cette demande est conjointe dans 12 cas sur 37. Par conséquent, la procédure prend un aspect contradictoire. Lorsque les parents ne vivent pas ensemble (7 dossiers), les dossiers ne contiennent aucune information relative à l'autre parent, ce qui permet de supposer qu'il n'a pas été averti de la démarche.

L'année 1994 laisse apparaître des cas où les parents se sont présentés ensemble devant le juge. Ce comportement ne s'est pas reproduit en 1995. Cependant, à travers les chiffres de l'année 1995, il semble que l'on s'oriente sensiblement, aussi bien à Lyon qu'à Nanterre, vers la recherche de l'accord de l'autre parent. Cette pratique judiciaire est compréhensible à la lecture de l'article 372-1 alinéa 2 du code civil qui dispose : « Ni l'acte, ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours ». Par conséquent, lorsque l'acte a été délivré, l'autre parent ne peut intenter aucune action contre cet acte sauf à prouver que les conditions de l'exercice en commun de l'autorité parentale ne sont pas remplies.

Les praticiens, en recherchant l'approbation de l'autre parent, pallient le caractère non-contradictoire de la procédure. Ils tentent ainsi d'éviter les problèmes liés au désaccord de l'autre parent qui ne peuvent se régler que dans un cadre contentieux de remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale, en vertu de l'article 374 alinéa 3 du code civil.

C- L'attitude du juge aux affaires familiales

Dans tous les cas, le juge aux affaires familiales a accepté de délivrer l'acte de communauté de vie.

L'acte de communauté de vie a pour seul objet de prouver l'exercice en commun de l'autorité parentale. Le demandeur doit apporter au juge des éléments propres à caractériser l'existence de la communauté de vie des parents et sa concomitance avec la reconnaissance de l'enfant. Le juge a tout pouvoir d'appréciation et peut refuser de délivrer l'acte s'il doute du caractère sincère ou probant des éléments qui lui sont présentés.

¹ Dans deux dossiers la résidence des parents n'est pas connue

Conformément aux conditions légales, le contrôle du juge s'effectue sur deux points : la reconnaissance de l'enfant avant qu'il ait atteint l'âge d'un an, d'une part ; la communauté de vie des parents au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance, d'autre part. En application de la disposition transitoire de la loi du 8 Janvier 1993, pour les enfants reconnus avant l'entrée en vigueur de la loi, le juge s'assure, en outre, de la communauté de vie des parents au moment de l'entrée en vigueur du texte.

En 1994, les magistrats de Lyon exigeaient toujours que le demandeur produise à l'appui de sa demande au moins trois documents attestant de la vie commune. Il s'agissait principalement de quittances de loyers, factures, certificats de concubinage, bulletins de salaires, actes de reconnaissances, attestations écrites de témoins. On observe que les magistrats de Lyon en 1995 et les magistrats de Nanterre en 1994 et 1995 n'ont plus une telle exigence quant au nombre et à la nature des éléments à apporter lors de la demande d'un acte de communauté de vie.

Tableau n° 62 : Nombre de documents présentés au juge aux affaires familiales

Nombre de documents	Nanterre 1994	Lyon 1995	Nanterre 1995
1	2	2	4
2	6	-	1
3	6	-	3
4 et plus	2	1	1

Calculs en fonction du nombre de dossiers

Les parents présentent un ou plusieurs documents attestant de leur vie commune au moment de la reconnaissance. Il s'agit le plus souvent, des quittances de loyers, factures, bulletin de salaires, relevé d'identité bancaire, certificat de scolarité de l'enfant, carte d'identité, carte d'assuré social, certificat de mairie de concubinage, copie d'acte de naissance, attestation d'hébergement, avis d'imposition, attestation de compagnie d'assurance, facture EDF-GDF, contrat de bail, attestation écrite de témoins.

Parfois, le juge se contente de la présentation d'un seul document pour effectuer son contrôle, à savoir : une quittance de loyer, un avis d'imposition, une facture EDF-GDF, ou un relevé d'identité bancaire d'un compte joint, le certificat de naissance de l'enfant ou encore un certificat de concubinage délivré en mairie.

Cependant, dans la majorité des cas, il est présenté au juge deux documents ou plus.

Les avocats et les magistrats interrogés soulignent la simplicité de la procédure issue de la loi de 1993 ainsi que la facilité de l'établissement de la preuve de la communauté de vie.

Deux dossiers, l'un à Lyon, l'autre à Nanterre, présentent certaines particularités qui démontrent une certaine difficulté des parents et/ou des juges aux affaires familiales à utiliser les différentes procédures, ou encore l'inadaptation de celles-ci à la diversité des situations familiales. En 1995, un juge aux affaires familiales de Nanterre a délivré au vu d'une copie de l'acte de naissance de l'enfant un acte atypique intitulé « acte de communauté de vie et d'exercice en commun de l'autorité parentale » visant les articles 372 alinéa 2 et 372-1 du code civil. En 1995, un juge aux affaires familiales de Lyon, auquel les parents, co-titulaires de plein droit de l'exercice de l'autorité parentale, ont demandé l'établissement d'un acte de communauté de vie, n'a pas délivré cet acte mais a statué directement sur la résidence et le droit de visite et d'hébergement en vertu de l'article 374 alinéa 3 du code civil.

Ces exemples illustrent les deux préoccupations des parents, et des magistrats. Les parents demandent au juge de leur établir un acte clair et précis relatif à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant naturel. Les magistrats interrogés ont, pour leur part, reconnu de façon unanime, qu'ils ont le souci de répondre au mieux à la demande des parents. En outre, ils expliquent qu'ils prennent toujours en compte la volonté des parents et homologuent leur accord s'il y a lieu.

Section 2 :

Les déclarations conjointes d'autorité parentale (article 374 al. 2 du C.Civ.)

Le système de la déclaration conjointe existait avant la réforme de 1993 et a été maintenu. Il permet d'acquérir, par voie gracieuse et par simple manifestation de volontés des deux parents, l'exercice en commun de l'autorité parentale sur l'enfant naturel. Il s'agit, à la différence de l'acte de communauté de vie qui est un acte déclaratif, d'un acte constitutif.

La recherche a porté entre 1994 et 1995 sur les 75 premières demandes recensées chaque année au sein des tribunaux de grande instance de Lyon et de Nanterre. Cependant, elle ne concerne au total que 283 dossiers, puisque seulement 58 demandes ont pu être dénombrées à Lyon en 1994.

Le nombre de déclarations conjointes a augmenté alors que cette procédure était normalement appelée à disparaître en raison de l'attribution de plein droit de l'exercice en commun de l'autorité parentale. La déclaration conjointe permet, en effet, aux parents d'instaurer, dans la famille naturelle, l'exercice en commun de l'autorité parentale. Toutefois, l'application de la loi du 8 janvier 1993 étend le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale à la famille naturelle, assimilant l'enfant naturel à l'enfant légitime et la déclaration

conjointe perd ainsi une grande partie de son utilité. Cependant, on observe que les parents déjà co-titulaires de plein droit de l'exercice en commun de l'autorité parentale sont nombreux à recourir à cette procédure parce qu'elle revêt une forme simplifiée, à savoir la déclaration de volonté des deux parents.

L'étude des déclarations conjointes d'autorité parentale nécessite de définir le profil de la famille concernée (**paragraphe 1**), la situation des parents du point de vue de l'autorité parentale au moment de la déclaration (**paragraphe 2**), et, enfin, le transfert de compétence au greffier en chef du tribunal de grande instance (**paragraphe 3**).

Par. 1 : Le profil de la famille

A- Les parents

1- L'âge des parents

Tableau n° 63 : Age des parents

Age	- de 20 ans	20 à 24 ans	25 à 29 ans	30 à 34 ans	35 à 39 ans	40 à 44 ans	Plus de 45 ans	Age inconnu	Total
Père	-	7	47	91	71	38	24	5	283
Mère	2	32	54	104	50	28	9	4	283

Il s'agit de parents jeunes puisque pères et mères sont principalement âgés de moins de 35 ans.

2- La résidence des parents au moment de la déclaration

Tableau n° 64 : Résidence des parents au moment de la déclaration

Résidence	Commune	Séparée	Inconnue	Total
Nombre	225	55	3	283
%	79,5	19,43	1,07	100

Calculs en fonction du nombre de dossiers

Les déclarations conjointes concernent généralement des parents qui vivent ensemble. La proportion de résidence commune des parents est similaire à celle relevée lors de la demande d'un acte de communauté de vie.

La déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale correspond à une démarche de parents naturels unis. Cette situation s'explique par le fait que la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale est un acte constitutif de la famille naturelle ; cet acte est créateur d'une situation juridique nouvelle tandis que l'acte de communauté de vie n'est qu'un moyen de preuve de l'attribution automatique de l'exercice en commun de l'autorité parentale du fait de la loi et dont le besoin se fait plus ressentir en théorie à l'occasion d'une séparation des parents, bien qu'en pratique l'étude des demandes d'obtention d'un acte de communauté de vie interviennent pendant la vie commune du couple¹.

La déclaration conjointe d'autorité parentale s'adresse en principe aux parents qui ne remplissent pas les conditions de l'article 372 alinéa 2 du code civil ; c'est à dire à ceux qui n'ont pas tous deux reconnu l'enfant dans l'année de sa naissance et/ou qui ne vivaient pas ensemble au moment de la reconnaissance concomitante, ou de la seconde reconnaissance. Lorsque l'une des conditions de l'article 372 fait défaut, c'est dans la plupart des cas la condition relative à la vie commune au moment de la reconnaissance concomitante, de la seconde reconnaissance ou de l'entrée en vigueur de la loi.

B- Les enfants

Le profil des enfants concernés se dessine à travers leur âge (A) et leur reconnaissance par les parents (B).

1- L'âge des enfants

Tableau n° 65 : Age des enfants

Age	Moins de 1 an	De 1 à 2 ans	De 3 à 5 ans	De 6 à 9 ans	De 10 à 12 ans	De 13 à 15 ans	16 ans et plus	Inconnu	Total
Nombre d'enfts	51	127	74	46	17	9	3	2	329

Calculs en fonction du nombre total d'enfants.

En général, les enfants concernés ont moins de 5 ans. Une forte proportion de ces enfants sont même âgés de moins de 2 ans. La déclaration conjointe d'autorité parentale intervient, par conséquent, assez rapidement après la naissance de l'enfant. Les parents naturels affirment ainsi leur volonté d'assumer leurs droits et devoirs parentaux dès le plus jeune âge de leur enfant.

¹ Cf. *supra*, tableau n°57

Lorsque les parents résident séparément, la déclaration conjointe apparaît tardivement quand bien même la faculté de recourir à cette déclaration conjointe existait avant 1993, dans la loi de 1987. La démarche tardive des parents trouve peut-être sa justification dans le fait que la loi de 1993 prône le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale quelle que soit la filiation légitime ou naturelle. Les parents semblent avoir le souci d'acquiescer ce mode d'exercice de l'autorité parentale aujourd'hui, peut-être parce que la promulgation de la loi nouvelle a permis à certains parents d'être mieux informés et sensibilisés sur les procédures existantes.

2- La reconnaissance des enfants

Tableau n° 66 : Reconnaissance des enfants

Reconnaissance	Simultanée	Père puis mère	Mère puis père	Inconnue	Total
Nombre	230	43	53	3	329
%	70 %	13 %	16 %	1 %	100 %

Calculs en fonction du nombre total d'enfants

La plupart des enfants sont reconnus simultanément par leurs deux parents. Toutefois, les reconnaissances séparées représentent en moyenne 30% des cas, ce qui constitue un pourcentage non négligeable.

A Lyon, la majeure partie des enfants sont reconnus prénatalement par leurs parents. A Nanterre, on remarque une prépondérance des reconnaissances post-natales par les 2 parents.

Le profil du couple parental effectuant une déclaration conjointe présente donc un certain nombre de constantes : il s'agit de parents jeunes, vivant ensemble, reconnaissant l'enfant sans tarder et pour lesquels l'enfant s'inscrit dans un projet commun. Cependant, un couple sur deux, en moyenne, détient déjà l'autorité parentale en commun du fait de la loi .

Par. 2 : La situation des parents du point de vue de l'autorité parentale au moment de la déclaration conjointe

Tableau n° 67 : Exercice de l'autorité parentale avant la déclaration conjointe

Exercice de l'autorité parentale	Exercice unilatéral	Exercice en commun	Inconnu	Total
Nombre	50	155	78	283
%	17,6 %	54,8 %	27,6	100

Calculs en fonction du nombre de déclarations conjointes

Il apparaît que le juge aux affaires familiales et le greffier en chef enregistrent très souvent des déclarations conjointes d'exercice en commun de l'autorité parentale alors que les parents sont déjà titulaires de l'exercice en commun de l'autorité parentale en vertu de l'article 372 alinéa 2 du code civil. L'utilisation par les parents de la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale modifie son véritable objet pour devenir un acte confirmatif et consolidateur d'une situation pré-existante. Les parents cherchent à « officialiser » ensemble l'octroi de plein droit de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Ce phénomène peut s'expliquer de différentes façons. Il semble tout d'abord que les parents auteurs de la déclaration conjointe trouvent dans cette procédure un moyen de preuve de l'exercice en commun de l'autorité parentale plus facile à obtenir qu'un acte de communauté de vie qui exige un contrôle par le juge. Il est également possible que les juges, comme l'exprimaient certains magistrats en 1994, préfèrent provoquer une déclaration conjointe afin que s'exprime la volonté des deux parents. On peut aussi supposer que certains tiers accordent plus de crédit à un acte obtenu conjointement par les deux parents plutôt qu'à un acte unilatéral.

Dans un dossier à Lyon en 1995, le juge a enregistré une déclaration conjointe alors que les parents exerçaient de plein droit l'autorité parentale en commun et qu'ils réclamaient un acte de communauté de vie. Il semble que le magistrat ait pris en compte le caractère conjoint de la démarche parentale pour délivrer le procès verbal de déclaration qui emporte également constitution de leur droit d'exercer ensemble l'autorité parentale sur l'enfant naturel.

Il apparaît enfin que les parents recourent à la déclaration conjointe parce qu'ils désirent fortement « officialiser » une situation de fait ou encore assurer l'avenir de leurs enfants en cas de décès ou de problèmes graves touchant l'autre parent, quand bien même ils détiennent déjà

l'autorité parentale du fait de la loi. Cette « officialisation » revêt d'autant plus d'importance à leurs yeux qu'il s'agit d'une démarche effectuée en commun.

Un grand nombre de parents agissent toutefois par ignorance des dispositions légales, ce même si avocats et magistrats considèrent que les parents sont de mieux en mieux informés. Ils soulignent l'importance du rôle de l'avocat pour expliquer les procédures aux parents et « filtrer » leurs demandes. Ainsi, de plus en plus souvent, les parents s'aperçoivent qu'ils détiennent ensemble l'autorité parentale sur l'enfant naturel du fait de la loi lors de la consultation juridique avec leur conseiller et abandonnent, de ce fait, l'idée d'intenter une procédure. Les magistrats comptent sur cette information préalable des parents par les avocats pour réduire le nombre de déclarations conjointes effectuées par des parents déjà co-titulaires de l'exercice de l'autorité parentale.

Par ailleurs, on ne retrouve pas dans les dossiers étudiés d'actes attestant de « la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale de plein droit » ; ces actes imaginé par l'un des magistrats de Lyon en 1994 étaient utilisés afin de conférer à la démarche conjointe des parents déjà co-titulaires de l'exercice en commun de l'autorité parentale un caractère déclaratif de la réalité de leur situation parentale. Cet acte permettait non seulement de répondre à la demande des parents mais permettait aussi de consigner leur présence et leur accord. En outre, ces « déclarations » constatant l'attribution de plein droit de l'exercice en commun de l'autorité parentale étaient susceptibles de constituer un moyen de preuve d'une certaine force à l'égard des tiers.

L'étude des déclarations conjointes montre qu'il n'existe pas, actuellement, de système adapté aux parents qui exercent de plein droit l'autorité parentale en commun sur leur enfant et qui désirent en obtenir conjointement la preuve. Il manque un acte déclaratif d'exercice en commun de plein droit de l'autorité parentale sur l'enfant naturel.

Par. 3 : Le transfert de compétence au greffier en chef du tribunal de grande instance

En 1994, le juge aux affaires familiales était encore compétent pour enregistrer les déclarations conjointes d'autorité parentale ; en 1995, cette compétence a été transférée au greffier en chef du tribunal de grande instance (B). Cette modification de compétence tient compte de l'absence d'appréciation du juge lors de l'enregistrement des déclarations conjointes (A).

A- L'enregistrement des déclarations conjointes

Innovation de la loi du 22 juillet 1987, la déclaration conjointe de l'autorité parentale est une procédure simple et rapide, destinée, depuis son origine, à faciliter l'accès à l'exercice en commun de l'autorité parentale. L'acte de communauté de vie, par son caractère probatoire, implique une vérification par le juge de la réalité de la situation familiale du demandeur au moyen de documents probants ; au contraire, la déclaration conjointe n'est enregistrée qu'à la condition qu'elle émane des deux parents qui ont légalement reconnu l'enfant.

Un seul dossier (Lyon 1995) porte la trace d'un contrôle : il est constaté expressément que les parents exercent de plein droit l'autorité parentale en commun après vérification des deux conditions légales : (moment de la reconnaissance, communauté de vie des parents au moment de la reconnaissance). En outre, Les parents ont déclaré avoir vécu ensemble au moment de la reconnaissance de l'enfant. Il est justifié de cette communauté de vie et du moment de la reconnaissance par la présentation de l'acte de naissance de l'enfant. Ce contrôle n'aurait pas dû exister dans le cadre d'une déclaration conjointe d'autorité parentale. Il est possible que le juge ait voulu s'assurer, par ce moyen, de la réalité du lien de filiation unissant le couple et l'enfant.

Dans tous les autres cas, les déclarations conjointes ont fait l'objet d'un simple enregistrement sans contrôle préalable, ce qui est conforme à l'article 374 alinéa 2 du code civil. L'unique contrôle s'exerce sur la nature conjointe de la déclaration de volonté des parents et sur la réalité du lien de filiation, afin d'éviter d'éventuels conflits ultérieurs au sujet de la déclaration conjointe.

Les magistrats interrogés soulignent qu'en cas d'accord des parents, l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est qu'un constat, sinon la question de l'autorité parentale est réglée dans un cadre plus global de résolution des différents conflits liés à son exercice.

En outre, les magistrats déclarent qu'ils sont à l'écoute de la demande parentale et que ce sont très souvent les parents qui réclament que les juges soient particulièrement précis dans l'établissement des actes énonçant leur situation parentale, si bien que certains actes apparaissent atypiques.

Ainsi, dans un dossier à Lyon en 1995, le juge a enregistré la déclaration conjointe de parents déjà co-titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, mais a également homologué leur accord mettant en place l'exercice en commun de l'autorité parentale et organisant un droit de visite et d'hébergement ainsi que le versement d'une pension alimentaire.

B- La compétence du greffier en chef depuis 1995

L'article 10 de la loi du 8 Février 1995, entrant en application trois mois après l'entrée en vigueur de la loi, a désigné le greffier en chef comme l'autorité compétente en matière d'enregistrement des déclarations conjointes.

A Lyon, en 1994, les magistrats exprimaient leur approbation à l'égard de cette modification de compétence en raison du rôle passif que jouait le juge dans le recueil des déclarations. A Nanterre, un magistrat s'étonne de ce changement de compétence qui ne lui paraissait pas indispensable. Il souligne que l'enregistrement des déclarations conjointes d'autorité parentale ne représentait pas un surplus de travail pour les magistrats.

Le juge aux affaires familiales se trouve ainsi dessaisi d'une procédure de sa compétence, telle que définie dans la loi du 8 Janvier 1993, qui avait pour ambition de réunir entre les mains d'un seul magistrat spécialisé l'ensemble des procédures concernant la famille. Néanmoins, les déclarations conjointes recueillies par le greffier en chef ne sont pas différentes de celles enregistrées précédemment par le juge aux affaires familiales. La compétence du greffier en chef se limite à la fonction d'enregistrement des déclarations conjointes. Les éventuels accords des parents intervenant sur l'organisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale (résidence de l'enfant, droit de visite et d'hébergement, pension alimentaire) ne pourront pas être homologués à l'occasion d'une déclaration conjointe devant le greffier en chef. Les parents devront s'adresser au juge aux affaires familiales.

En revanche, le législateur n'a pas prévu un tel transfert de pouvoir pour l'acte de communauté de vie. Les avis des magistrats interrogés sur la question sont partagés : certains estiment que cette absence de transfert est préférable ; ils expliquent, en effet, que le juge n'a pas, en matière de délivrance de l'acte de communauté de vie, un rôle passif d'enregistrement mais plutôt un rôle actif de contrôle des documents apportés par le demandeur. C'est pourquoi, ils estiment que cette fonction ne peut pas être de la compétence du greffier en chef.

D'autres magistrats regrettent l'absence de transfert. Ils soulignent que le pouvoir qui incombe au juge aux affaires familiales est somme toute réduit, puisque sa fonction ne consiste qu'à vérifier la réalité des documents. Il ne lui appartient pas d'accorder ou de refuser l'acte de communauté de vie en dehors des conditions exigées par l'article 372-1 du code civil. Ils estiment donc que l'intervention d'un magistrat pour délivrer l'acte de communauté de vie n'est pas indispensable.

Chapitre 2

Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle

La loi du 22 juillet 1987 avait facilité l'accès à un exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle, sans l'ériger en principe malgré la reconnaissance de l'enfant par ses deux parents, entraînant ainsi un déséquilibre des droits parentaux. A la demande contentieuse d'un parent devant le juge aux affaires matrimoniales, le législateur avait ajouté l'acquisition de l'autorité parentale conjointe sur simple déclaration des deux parents au juge des tutelles.

La loi du 8 janvier 1993 a transformé cette simple possibilité en un principe d'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle, bien que sa mise en œuvre soit plus complexe que dans la famille légitime, puisqu'elle est soumise à la double reconnaissance de l'enfant dans l'année de sa naissance et à la vie commune des parents au moment de la seconde reconnaissance.

Le législateur a également souhaité le regroupement de diverses compétences en matière familiale, disséminées entre le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance. Désormais, le juge aux affaires familiales a seul vocation à intervenir dans l'ensemble du contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle. Lorsque les parents ne réunissent pas les conditions de l'article 372-2 du Code civil, l'autorité parentale est exercée par la mère en application du second alinéa de l'article 374. En cas de désaccord des parents, la mise en place et les modalités de l'exercice en commun de l'autorité parentale nécessite l'intervention de ce magistrat.

L'étude des dossiers a porté sur deux types de contentieux : d'une part la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale et d'autre part le contentieux dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle. Ces deux contentieux apparaissent dans la très grande majorité des cas au moment de la séparation des parents. La majorité des avocats et magistrats interrogés au cours de l'enquête estiment que les problèmes relatifs à l'autorité parentale, dans le couple de fait séparé, sont plus difficiles à gérer qu'entre ex-époux, car aucune procédure de divorce n'a permis « d'évacuer » le conflit conjugal qui se reporte alors sur les relations parentales. Le législateur a instauré le maintien de la responsabilité des parents vis à vis de l'enfant malgré leur séparation ce qui implique la poursuite du dialogue parental. La communication se révèle difficile notamment si le couple parental n'a jamais existé. Dans tous les cas, les magistrats de Lyon et de Nanterre disent toujours privilégier l'accord des parents.

Les demandes de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale seront d'abord étudiées (**Section 1**) puis le contentieux dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale (**Section 2**).

Section 1 : La mise en place contentieuse d'un exercice en commun de l'autorité parentale

La recherche a porté entre 1994 et 1995 sur les 75 premières demandes recensées chaque année au sein des tribunaux de grande instance de Lyon et de Nanterre. Cependant, elle ne concerne au total que 297 dossiers, puisque seulement 72 demandes ont été dénombrées à Lyon en 1994. On constate, immédiatement, que le nombre de demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle est encore élevé, malgré l'attribution automatique créée par la loi du 8 janvier 1993. L'explication est que la grande majorité des enfants concernés par cette étude sont nés avant l'entrée en vigueur de cette loi, de parents déjà séparés à cette date. Aussi, les conditions cumulatives de la reconnaissance de l'enfant pendant l'année de sa naissance et la vie commune des parents à cette date ou lors de l'entrée en vigueur de la loi¹ ne sont pas réunies. Dans cette hypothèse, la mère obtient l'exercice unilatéral de l'autorité parentale et il revient aux pères de réclamer l'exercice en commun. L'étude des familles concernées (**Paragraphe 1**), des demandes (**Paragraphes 2**), et de la décision du juge (**Paragraphe 3**), permet de connaître les caractéristiques de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les familles fondées hors mariage qui ne bénéficient pas des dispositions de l'article 372 du Code civil.

Par. 1 : Les familles concernées

Il convient de dresser le portrait des parents (**A**) puis des enfants (**B**).

A- Les parents

1- La résidence des parents

La grande majorité des parents qui se présentent devant le juge aux affaires familiales, pour obtenir la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale, sont séparés. Selon les propos des avocats et des magistrats interrogés, certains parents n'ont jamais vécu

¹ Art. 46 de la loi du 8 janvier 1993.

ensemble. Dès lors, ils ne peuvent bénéficier de la nouvelle législation, même si l'enfant est né après la loi du 8 janvier 1993 et a été reconnu par ses parents dans sa première année.

Tableau n° 68 : Résidence des parents lors de la demande

	Résidence commune	Résidence séparée	Total
Effectif	13	284	297
%	4,4	95,6	100

Sur les 13 dossiers dans lesquels les parents vivent encore ensemble au jour de la demande, 7 demandes relatent le projet des parents de se séparer après la décision du juge. Ils affirment leur volonté d'organiser leurs rapports avec l'enfant après la séparation. Toutefois, ils détiennent déjà l'exercice en commun de l'autorité parentale¹ par l'effet de la loi. En effet, outre l'article 372 alinéa 2 du Code civil, le législateur a prévu des dispositions transitoires, pour les enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993. L'article 46 de ce texte dispose que les parents d'un enfant naturel qui l'ont reconnu avant qu'il ait atteint l'âge d'un an et qui vivent encore ensemble au jour de l'entrée en vigueur de la loi, bénéficient de l'exercice en commun de l'autorité parentale de plein droit. On peut donc s'étonner que les parents agissent pour obtenir l'exercice en commun alors que de plein droit, par le seul effet de la loi, l'autorité parentale leur appartient.

¹ Sur cette situation où les parents détiennent déjà l'autorité parentale en vertu de l'article 372 du code civil : *infra* commentaires sous tableau n°73

2- L'âge des parents

Tableau n° 69 : Age des parents devant le juge aux affaires familiales

Tribunal		20 à 24 ans	25 à 29 ans	30 à 34 ans	35 à 39 ans	40 à 44 ans	Plus de 45 ans	Age inconnu	Total
Lyon	Père	1,3 %	13,9 %	8,5 %	20,8 %	15,2 %	5,6 %	34,7 %	100 %
1994	Mère	5,6 %	11,1 %	19,4 %	12,5 %	11,1 %	2,8 %	37,5 %	100 %
Lyon	Père	8 %	5,3 %	21,4 %	18,7 %	13,3 %	13,3 %	20 %	100 %
1995	Mère	10,7 %	5,3 %	30,7 %	24 %	12 %	1,3 %	16 %	100 %
Nanterre	Père	1,4 %	9,4 %	21,3 %	24 %	17,3 %	16 %	10,6 %	100 %
1994	Mère	6,6 %	14,6 %	33,4 %	18,7 %	6,6 %	1,4 %	18,7 %	100 %
Nanterre	Père	1,3 %	9,3 %	17,3 %	20 %	24 %	18,7 %	9,4 %	100 %
1995	Mère	2,6 %	18,7 %	29,4 %	26,7 %	6,6 %	4 %	12 %	100 %

La plupart des pères ont entre 30 et 44 ans tandis que les mères appartiennent plutôt à la classe d'âge comprise entre 30 et 34 ans. Malgré l'importance du nombre de parents d'âge inconnu pour l'année 1994 à Lyon, on constate que dans l'ensemble, la majorité des parents ont entre 30 et 39 ans.

B- Les enfants

1- L'âge des enfants au moment de la décision

Tableau n° 70 : Age des enfants

	0 à 2 ans	3 à 5 ans	6 à 9 ans	10 à 12 ans	13 à 15 ans	Plus de 16 ans	Total
Effectif	50	116	119	52	26	12	375
%	13,3	31	31,7	13,8	7	3,2	100 %

La demande d'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle intervient le plus souvent pendant les premières années de l'enfant. En effet, sur l'ensemble de l'étude presque la moitié des enfants n'ont pas plus de 5 ans au moment de la décision (sur un total de 375 enfants concernés par la décision, 166 d'entre eux ont entre 0 et 5 ans, soit 44,3 %).

2- Le nombre d'enfants dans la famille naturelle

Tableau n° 71 : Nombre d'enfants dans la famille naturelle

	1	2	3	4	5	Total
Effectif	237	44	14	1	1	297
%	79,8	14,8	4,8	0,3	0,3	100

A la séparation des parents, la famille naturelle reste une communauté de personnes au nombre restreint. Elle ne comprend en général qu'un seul enfant (79,8 % des 297 familles concernées). Les enquêtes précédentes constataient déjà ce fait. On serait tenté d'en déduire que l'arrivée d'un enfant n'est pas un facteur de stabilité dans la famille hors mariage, puisqu'au moment de la décision les parents sont déjà séparés et les enfants très jeunes¹. Les 13 cas de résidence commune ne présentent pas tous le visage d'une famille unie, puisque dans 7 dossiers les parents envisagent de se séparer.

¹ Toutefois, selon certaines statistiques, presque 20 % des parents naturels se marient lorsque la famille s'agrandit : in *La France en chiffre*, 1995.

3- La reconnaissance des enfants

Tableau n° 72 : Reconnaissance des enfants

Reconnaissance	Simultanée	Père puis Mère	Mère puis Père	Ordre inconnu	Total
Effectif	190	51	57	77	375
%	50,7	13,6	15,2	20,5	100

La reconnaissance par les parents de 190 enfants, soit 50,6 %, est simultanée. Les parents naturels, notamment les pères se rattachent ainsi rapidement l'enfant, ce qui suppose une réelle volonté d'exercer leur rôle de père et d'assumer leur responsabilité parentale. La reconnaissance rapide de l'enfant s'inscrit également dans une démarche d'exercice en commun de l'autorité parentale, puisque c'est une condition pour bénéficier des dispositions de l'article 372 du Code civil. Dans 15,2 % de l'ensemble des reconnaissances étudiées, la mère reconnaît l'enfant avant le père. Cette chronologie de la reconnaissance augmente le nombre de demandes contentieuses d'exercice en commun si le père n'a pas reconnu l'enfant dans l'année de sa naissance. Les cas dans lesquels le père reconnaît l'enfant avant la mère sont assez nombreux puisqu'ils représentent 13,6 % des hypothèses.

Par. 2 : Les demandes

L'analyse de la situation antérieure à la demande (A), de son origine (B), et de la réaction du défendeur, permet de mieux cerner concrètement le contexte dans lequel intervient la demande.

A- La situation antérieure à la demande

Tableau n° 73 : Situation antérieure à la demande

	EUAP mère	EUAP père	ECAP	Inconnu	Total
Effectif	186	6	85	20	297
%	62,6	2	28,6	6,8	100

28,6 % de la totalité des demandes émanent de parents bénéficiant déjà de l'exercice en commun de l'autorité parentale. L'ensemble des magistrats interrogés acceptent toutefois de statuer. Ils se trouvent confrontés au souhait des parents d'obtenir un acte revêtu de l'autorité de

la chose jugée, qui constate l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le dessein de se ménager une preuve. Pour un juge de Nanterre, cette situation « est normale car il faut bien justifier l'exercice en commun de l'autorité parentale ». Le système du législateur en 1993 suscite donc un problème de preuve. Un autre magistrat explique que le parent naturel qui n'a pas la résidence connaît des difficultés pour s'imposer comme l'autre parent de l'enfant auprès des tiers et notamment de l'école. Ces obstacles pour recueillir des informations relatives à l'évolution de l'enfant sont renforcés lorsque les parents ne communiquent absolument plus. Le père doit alors rapporter la preuve de la communauté de vie au moment de la seconde reconnaissance. L'article 372-1 du Code civil prévoit l'établissement de cette preuve par un acte de communauté de vie. Cependant, les parents y ont peu recours¹, et préfèrent une décision de justice. Un juge lyonnais a créé, pour répondre à cette demande, un acte qui constate l'exercice en commun de l'autorité parentale, selon les conditions de l'article 372-2 du Code civil. Les modalités de preuve de l'autorité parentale conjointe dans la famille naturelle prévue par la loi du 8 janvier 1993, à l'article 372-1 du Code civil, ne semblent pas satisfaire entièrement les parents naturels. Il semble plus facile, pour le parent qui revendique l'autorité parentale automatique, en cas de désaccord au sein du couple de fait, d'agir au contentieux plutôt qu'au gracieux.

La demande s'inscrit, à 97,8 % (284 dossiers), dans le cadre d'une séparation des parents, ce qui pour la clarté des droits de chacun les conduit à recourir à une décision judiciaire, puisqu'aucune procédure de divorce n'est intervenue pour régler le sort de l'enfant. Dès lors, les parents ne se contentent pas de demander la mise en place de l'exercice en commun, ils désirent également que le juge aux affaires familiales fixe la résidence principale de l'enfant, le droit de visite et d'hébergement du parent non hébergeant, et le montant de la pension alimentaire. Lorsque les parents bénéficient déjà d'un exercice en commun, leur demande devrait uniquement porter sur les conséquences de leur séparation vis à vis de l'enfant. Néanmoins, puisqu'ils souhaitent à la fois se préconstituer la preuve de cet exercice et aménager ses modalités, la procédure de mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale apparaît plus simple : elle évite une première demande relative à l'établissement d'un acte de communauté de vie, puis une seconde demande relative à un contentieux dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale.

¹ Cf l'enquête sur les actes de communauté de vie : Chapitre 1, Section 1

B- L'auteur de la demande

Tableau n° 74 : Demandes d'exercice conjoint de l'autorité parentale

	Père	Mère	Conjointe	Total
Effectif	214	68	15	297
%	72	22,9	5,1	100

Dans 72 % des cas, les pères sont les auteurs de la demande d'exercice en commun de l'autorité parentale. Ce pourcentage est logique puisque la loi n'a que deux ans et qu'à défaut de réunir les conditions de l'article 372, l'autorité parentale appartient unilatéralement à la mère naturelle. Cependant, on remarque que 23 % des demandes émanent des mères qui en principe détiennent déjà l'autorité parentale. Ce chiffre est en réelle augmentation par rapport à l'enquête précédente¹, puisque seulement 6,97 % des mères étaient demanderesses. Parmi ces demandes, cinq ont pour objet la mise en place d'un exercice en commun, alors qu'une décision antérieure avait mis en place un exercice unilatéral au profit du père. Dans les autres cas, la mère exerce déjà l'autorité parentale ou bien unilatéralement, ou bien en commun avec le père.

Cette démarche des mères rapportée dans les décisions examinées, traduit deux objectifs différents. Dans certains cas, les mères veulent fixer les modalités de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant. Deux hypothèses se présentent : ou bien les parents ont déjà l'exercice conjoint en vertu de la loi du 8 janvier 1993 et demandent au juge d'homologuer leur accord sur la résidence et le droit de visite et d'hébergement, ou bien la mère souhaite que le père participe à l'éducation et à l'entretien de l'enfant, si bien qu'elle réclame l'exercice en commun de l'autorité parentale. On constate également que la demande principale des mères ne porte pas tant sur l'exercice en commun que sur la pension alimentaire ou la réglementation du droit de visite et d'hébergement du père qui forme alors une demande reconventionnelle en exercice en commun de l'autorité parentale. Dans ces dossiers, un accord intervient entre les parties sur un exercice en commun de l'autorité parentale. La série de cas dans lesquels la mère effectue une demande tient à la volonté de l'enfant de vivre chez l'autre parent qui ne détient pas l'autorité parentale : pour entériner ce changement de résidence et ne pas perdre ses droits parentaux, elle réclame l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Les demandes des pères portent systématiquement sur l'attribution de l'exercice en commun de l'autorité parentale et l'aménagement d'un droit de visite et d'hébergement. Ils

¹ Le rapport de 1994 constatait 81,3 % des demandes émanaient des pères et seulement 8 % des mères et 10,6% de demandes conjointes.

sollicitent peu la résidence habituelle de l'enfant. Les rares demandes sur ce point s'inscrivent dans un contexte où la mère ne peut, ou ne veut plus s'occuper de l'enfant. Pourtant, à la différence des magistrats consultés, les avocats constatent une augmentation des demandes d'attribution de la résidence habituelle par les pères.

Les requêtes conjointes concernent des parents ayant déjà l'autorité parentale mais qui ne le savent pas (6 cas), ou qui souhaitent une organisation de leur séparation (9 cas).

**Tableau n° 75 : Demandes relatives à la résidence de l'enfant
selon l'auteur de la demande**

Demandeur	Résidence				Total
	Résidence chez le père	Résidence chez la mère	Résidence alternée	Résidence chez un tiers	
Mère	7	61	-	-	68
Père	53	155	4	2	214
Père et Mère	1	13	1		15
Total	61	229	5	2	297

C- La réaction du défendeur

Tableau n° 76 : Réaction du défendeur

	Accord	Conflit	Autre	Total
Effectif	162	102	33	297
%	54,5	34,4	11,1	100

Dans 54,5 % des cas, le parent défendeur ne s'oppose pas aux demandes de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Cet accord est important car il présume la volonté des parents de collaborer pour prendre des décisions conformes à l'intérêt de l'enfant. Cependant, il reste quelques réactions contraires des mères qui souhaitent continuer à exercer seules l'autorité parentale, en raison d'une relation encore très conflictuelle avec le père et un désaccord sur la résidence de l'enfant. La catégorie « autre » correspond, aux requêtes conjointes, à l'absence de comparution du défendeur à l'audience, aux demandes d'interdiction de sortie du territoire, ainsi qu'aux réactions inconnues.

Tableau n° 77 : Désaccord entre les parents

Demandeur	Demande / Défense	Solution
Père	ECAP mère c/ EUAP mère : 71	EUAP mère : 30 ECAP mère : 40 ECAP tiers : 1
	ECAP père c/ EUAP mère : 15	EUAP mère : 7 ECAP mère : 5 ECAP père : 3
	ECAP tiers c/ EUAP tiers	ECAP tiers : 2
	ECAP alt. c/ ECAP mère : 2	ECAP alt. : 1 ECAP mère : 1
	ECAP père c/ ECAP mère : 8	ECAP mère : 5 ECAP père : 3
Mère	ECAP père c/ EUAP père : 1	ECAP père : 1
	ECAP mère c/ ECAP père : 3	ECAP père : 2 ECAP mère : 1

Le conflit le plus important (71 dossiers) oppose une demande paternelle de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence de l'enfant chez sa mère, et une demande maternelle de maintien de l'exercice unilatéral.

Par. 3 : La décision du juge

Avant de statuer, le juge aux affaires familiales ordonne parfois des mesures d'accompagnement pour rechercher si l'exercice en commun ou les modalités de celui-ci sont conformes à l'intérêt de l'enfant **(A)**. Dans la très grande majorité des cas un exercice en commun de l'autorité parentale est prononcé **(B)**.

A- Les moyens d'investigation du juge

Tableau n° 78 : Mesures d'accompagnement

Enquête sociale	Audition de l'enfant	Expertise psychologique
40	8	8

L'enquête sociale est plus souvent utilisée comme mesure d'accompagnement que l'audition de l'enfant ou l'expertise psychologique, notamment par la juridiction lyonnaise. Le juge suit généralement les conclusions de l'enquête sociale qu'il a ordonnée : sur l'ensemble des 40 dossiers concernés par une enquête sociale, la décision a repris 36 propositions de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale.

S'agissant de l'audition de l'enfant, un avocat a exposé que son jeune client avait subi de fortes pressions et ne comprenait pas la situation conflictuelle de ses parents. Il souhaite voir son père le plus souvent possible. Le juge a donc mis en place un droit de visite et d'hébergement large. L'attitude des juges lyonnais en la matière est de bien faire comprendre à l'enfant que la décision ne lui appartient pas, afin qu'il se déculpabilise vis à vis du parent qui n'obtient pas l'attribution de la résidence. A Nanterre, les juges ne procèdent pas davantage à l'audition de l'enfant, d'une part lorsque l'enquête sociale ou/et l'expertise psychologique a recueilli suffisamment d'informations pour fonder la décision et d'autre part lorsqu'il existe un accord entre les parents. En outre, on peut constater que le nombre d'audition du mineur dans le cadre d'une procédure de demande contentieuse d'exercice en commun est faible en raison du jeune âge des enfants concernés, qui n'ont donc pas la capacité de discernement requise par l'article 388-1 du Code civil.

B- La mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale

La loi du 8 janvier 1993 a posé le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale car il est présumé conforme à l'intérêt de l'enfant. Le juge ne peut refuser la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle que s'il apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant (1). Dans les cas où le juge aux affaires familiales accède à la demande de mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale, il convient d'analyser les décisions en fonction de l'âge de l'enfant (2) ainsi que l'attribution de la résidence de ce dernier (3) le parent chez qui la résidence n'est pas fixée bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement (4).

*1- La décision du juge relative à l'exercice de l'autorité parentale***Tableau n° 79 : Acceptation et le refus de mettre en place un exercice conjoint de l'autorité parentale**

	Acceptation	Refus	Total
Effectif	250	47	297
%	84,2	15,8	100

Le juge aux affaires familiales favorise le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle, puisque sur l'ensemble des 297 demandes examinées à Lyon et à Nanterre en 1994 et 1995, seules 47 sont rejetées, soit 15,8 %. Les magistrats expliquent que lors de leur entretien avec les parents, ils mettent tout en oeuvre pour les amener, le cas échéant, à un accord. Cependant, certains juges lyonnais s'interrogent sur le bien fondé de cette attribution quasi systématique, en présence d'une demande contentieuse. Un avocat estime que l'exercice en commun au sein de la famille naturelle désunie est plus complexe. Il conviendrait, dès lors, de s'attarder davantage sur ces différents cas, d'autant plus qu'en l'absence de procédure de divorce, les causes de la séparation sont inconnues.

Le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle posé par la loi du 8 janvier 1993 ne peut être écarté que pour des raisons graves, en présence d'éléments objectifs permettant d'affirmer que l'enfant est en danger physique ou moral ou bien que l'exercice en commun de l'autorité parentale serait une utopie ou une simple construction intellectuelle en raison de l'éloignement des domiciles.

Sur les 46 dossiers concernés par une telle décision, le juge aux affaires familiales a prononcé à trois reprises, un exercice unilatéral au profit du père, alors que celui-ci demandait la conversion d'un exercice unilatéral de la mère en un exercice conjoint avec résidence de l'enfant chez lui. Les trois dossiers étudiés évoquent l'absence de la mère ou son refus de s'occuper de l'enfant. On trouve également une décision où l'enfant avait été victime de la violence de sa mère, alors que le père ne pouvait matériellement accueillir l'enfant. Aussi, le magistrat a-t-il prononcé un exercice unilatéral au profit du père, en laissant l'enfant dans une famille d'accueil et en organisant un droit de visite et d'hébergement en accord avec l'Aide sociale à l'enfance.

Les 43 autres dossiers pour lesquels le juge a maintenu l'exercice unilatéral de la mère correspondent à diverses situations. Une classification bipartite des motifs invoqués, peut être élaborée en fonction de la nature de l'obstacle à la mise en place de l'exercice en commun. Tantôt le refus est motivé par la protection de la personne de l'enfant contre l'attitude de l'un des parent : ses actes de violence, sa dépendance à l'usage de stupéfiants ou encore son

désintérêt certain pour l'enfant ; tantôt le maintien de l'exercice unilatéral est dicté par l'impossibilité d'exercer en commun l'autorité parentale en raison de l'éloignement géographique des parents, de la présence d'un profond conflit entre les parents qui fait obstacle à toute concertation, nécessaire au bon déroulement d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Sur ce point, les magistrats interrogés expliquent que l'exercice en commun est fondé sur le dialogue des parents ; aussi si leur relation est encore très conflictuelle, l'exercice en commun de l'autorité parentale devient une nouvelle source de conflit, qui pourrait nuire à l'intérêt de l'enfant. L'existence d'un tel climat entre les parents interfère avec une réelle prise en compte des besoins de l'enfant, qui occupe alors une position d'enjeu dans le conflit parental.

Dans les hypothèses d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale, un droit de visite et d'hébergement est aménagé au profit du parent écarté qui conserve le bénéfice de l'article 288 alinéa second du Code civil selon lequel : « le parent qui n'a pas l'autorité parentale, conserve le droit de surveiller, l'entretien et l'éducation des enfants et doit être informé, en conséquence, des choix importants relatifs à la vie de ces derniers. Il y contribue à proportion de ses ressources et de celle de l'autre parent ».

Tableau n° 80 : Exercice de l'autorité parentale selon l'âge de l'enfant

Age	ECAP	EUAP	Total
Moins de 5 ans	110	21	131
De 6 à 10 ans	87	17	104
De 11 à 15 ans	46	8	54
Plus de 16 ans	7	1	8
Total	250	47	297

Calculs effectués à partir de l'ensemble des dossiers examinés à Lyon et à Nanterre en 1994 et 1995.

Les enfants sont en majorité très jeunes lors de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale, puisque sur un total de 250 premier enfant concernés (pour 297 dossiers), 44 % ont moins de 5 ans. Malgré un chiffre plus important d'enfants de moins de cinq ans pour lesquels le juge a refusé un exercice en commun, l'âge des enfants n'apparaît pas comme un facteur déterminant de la décision. L'analyse des motifs des jugements le prouve, puisque l'origine des refus ne présente pas de différence selon l'âge de l'enfant.

2- Les modalités de l'exercice en commun de l'autorité parentale

a) La résidence de l'enfant selon son âge

Tableau n° 81 : Attribution de la résidence dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale selon l'âge de l'enfant.

Age de l'enfant	Résidence					Total
	Résidence chez père	Résidence chez la mère	Résidence chez un tiers	Résidence alternée	Résidence commune	
De 0 à 5 ans	6	95	1	1	5	108
%	5,6	88	0,9	0,9	4,6	100
De 6 à 10 ans	10	71	4	2	-	87
%	11,5	81,6	4,6	2,3	-	100
De 11 à 15 ans	15	26	1	1	3	46
%	32,6	56,5	2,2	2,2	6,5	100
Plus de 16 ans	6	1	-	-	-	7
%	85,7	14,3	-	-	-	100
Total	37	193	6	4	8	248
%	14,9	77,8	2,4	1,6	3,3	100

Calcul selon le premier enfant pour lequel un exercice en commun a été fixé, à Lyon et à Nanterre en 1994 et 1995.
- Il y a 110 enfants entre 0 et 5 ans mais pour 2 d'entre eux la décision statue uniquement sur l'exercice en commun de l'autorité parentale sans autre précision sur la résidence de l'enfant

Jusqu'à l'âge de dix ans, plus de 80 % des enfants ont leur résidence chez leur mère. Avec l'adolescence, ce taux tombe à 56,5 % dans la tranche d'âge 11 à 15 ans, pour chuter à 14,3 % lorsque l'enfant atteint l'âge de 16 ans. Ainsi, la proportion des cas dans lesquels la résidence est attribuée aux pères semble augmenter avec l'âge des enfants. Les avocats estiment que l'idée selon laquelle la mère obtient toujours cette attribution est encore très présente dans les esprits des pères, notamment lorsque l'enfant est très jeune. En effet, leurs réclamations ne portent presque jamais sur l'attribution de la résidence habituelle de l'enfant. L'étude des dossiers confirme les propos des avocats.

Les juges ont été à cinq reprises¹ saisis d'une demande de résidence alternée émanant dans un cas des deux parents et dans les quatre autres du père. Dans deux dossiers une enquête sociale a été ordonnée pour connaître les conditions de vie de l'enfant. Les magistrats expliquent que l'accord parental et l'absence de toutes relations conflictuelles constituent le fondement nécessaire au bon déroulement de ce système. La pratique des avocats interrogés sur ce sujet, à Lyon et à Nanterre, est de demander la résidence de l'enfant chez un parent en précisant que l'hébergement sera alterné. Selon ces avocats, les enfants sont très demandeurs de ce système et les juges acceptent ces modalités d'aménagement de l'hébergement de l'enfant. Les magistrats disent mettre en garde les parents qui souhaitent l'instauration d'une résidence alternée. Selon eux la réussite d'un tel système est subordonné d'une part à l'existence d'un véritable accord mutuel entre les parents, et d'autre part aux conditions matérielles de sa mise en œuvre : la proximité des deux résidences l'une de l'autre et de l'école. Les juges statuent toujours en considération de l'intérêt de l'enfant.

b) Le sort des demandes d'exercice en commun de l'autorité parentale avec résidence chez le père

Tableau n° 82 : Sort des demandes de résidence chez le père (DRP)

Auteur et nbre de demandes de DRP	Résidence				
	ECAP - Résidence chez le père	ECAP - Résidence chez la mère	Exercice unilatéral du père	Exercice unilatéral de la mère	Enfant confié à un tiers
53 demandes par le père²	25	14	4	7	3
7 demandes par la mère	7	-	-	-	-
1 demande conjointe	1	-	-	-	-

On constate la faible demande des pères, puisque seulement 53 demandes sur 210 demandes d'exercice en commun introduites par leurs soins sont accompagnées d'une demande d'attribution de la résidence de l'enfant chez eux. Si, de plus en plus, les pères réclament l'exercice de l'autorité parentale ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement, les demandes de résidence sont encore rares autant à Lyon qu'à Nanterre. Les avocats interrogés expliquent cette attitude par un certain abandon des pères face au nombre important d'attribution de la résidence

¹ Une seule de ces demandes était conjointe les quatre autres étaient à l'initiative du père.

² Lyon 1994 : 13 ; Lyon 1995 : 16 ; Nanterre 1994 : 12 ; Nanterre 1995 : 12.

à la mère. Néanmoins, certains avocats insistent sur l'augmentation du nombre de ces revendications par les pères et sur l'absence d'*a priori* sur le sujet, chez les magistrats. La décision des juges aux affaires familiales est uniquement fondée sur l'intérêt de l'enfant, principalement sur les conditions d'accueil de l'enfant au sein du foyer. En outre, on constate dans les motivations de la décision que les magistrats recherchent systématiquement l'accord des parents à propos de l'ensemble des aménagements sur lesquels on lui demande de statuer ; en présence d'un accord ils ne vont jamais à l'encontre de celui-ci, sauf si l'enfant se retrouve dans une situation de danger.

Sur les 53 dossiers dans lesquels le père demande l'attribution de la résidence de l'enfant, on dénombre deux demandes de mise en place d'une résidence alternée. Elles n'ont pas abouti car cette modalité d'hébergement a été jugée contraire à l'intérêt de l'enfant. Les 7 demandes des mères relatives à la fixation de la résidence de l'enfant chez son père correspondent à une situation de fait déjà établie. En effet, d'une manière générale, l'enfant a changé de résidence depuis moins d'un an .

Sur les 61 demandes de fixation de la résidence chez le père, tout auteur confondu, 33 ont abouti, soit 60,6 % des cas. Un exercice en commun avec résidence chez le père a été prononcé 25 fois. La motivation des juges est de trois sortes : l'accord entre les parents (16 dossiers), le fait que l'enfant habite déjà chez son père (7 dossiers), le danger pour l'enfant de rester chez sa mère (2 dossiers). Ce chiffre corrobore les propos des avocats relatés ci-dessus. Si l'intérêt de l'enfant est de vivre chez son père, les magistrats statuent en ce sens. Dans 14 dossiers, le juge a mis en place un exercice en commun de l'autorité parentale, sans attribuer la résidence au père, mais à la mère. Ces décisions résultent soit d'un accord intervenu entre les parties au cours de la procédure (9 dossiers), soit d'une insuffisance des conditions matérielles offertes par le père pour la prise en charge quotidienne de l'enfant (un dossier : le père demandeur vivait avec ses parents et sa concubine dans un deux pièces), soit d'une reconnaissance de l'enfant par le père quelques années après sa naissance (un dossier), enfin pour 4 dossiers le magistrat estime que l'enfant est très bien chez sa mère et qu'il n'existe aucune raison d'opérer un changement de résidence.

Dans 7 dossiers, le juge a maintenu l'exercice unilatéral de la mère, car la demande du père était trop prématurée compte tenu de son désintérêt pour l'enfant pendant quatre années (1 dossier), de ses actes de violence perpétrés contre la mère (2 dossiers), ou d'une situation encore trop conflictuelle entre les parents (4 dossiers). Dans ces derniers dossiers, le juge a estimé que l'exercice en commun de l'autorité parentale se révélerait difficile, même si le père manifeste, à nouveau, une volonté d'être présent aux côtés de son enfant. Les pères bénéficient toutefois d'un droit de visite et d'hébergement pour recommencer à nouer des liens avec l'enfant.

c) Le droit de visite et d'hébergement en fonction de l'âge de l'enfant

Tableau n° 83 : Aménagement du droit de visite et d'hébergement en fonction du nombre d'enfants concernés par un exercice en commun de l'autorité parentale

		Droit de visite et d'hébergement								
		Libre	Libre à déf. large	Libre à déf. standard	Libre à déf. réduit	Large	standard	Réduit	Pas de réponse	Total
De 0 à 5 ans	Effectif	6	9	63	9	8	14	21	10	140
	%	4,3%	6,4 %	45 %	6,4 %	5,7 %	10 %	15 %	7,2 %	100 %
De 6 à 10 ans	Effectif	7	9	58	5	6	9	12	10	116
	%	6 %	7,8 %	50%	4,3 %	5,1 %	7,8 %	10,3 %	8,6 %	100 %
De 11 à 15 ans	Effectif	11	3	18	3	3	4	2	6	50
	%	22 %	6 %	36 %	6 %	6 %	8 %	4 %	12 %	100 %
Plus de 16 ans	Effectif	4	-	1	1	-	-	-	-	6
	%	66,6	-	16,7	16,7	-	-	-	-	100 %
Total	Effectif	28	21	140	18	17	27	35	26	312
	%	8,9	6,8	44,9	5,7	5,5	8,7	11,2	8,3	100

La catégorie « pas de réponse » correspond au cas d'enfants qui ont été placés à l'Aide sociale à l'enfance sans aucun aménagement d'un droit de visite des parents, ou des enfants qui font l'objet d'une résidence alternée, ou d'enfants dont les parents vivent encore ensemble, et de 3 dossiers où le droit de visite et d'hébergement n'a pas été fixé.

Le législateur n'est pas intervenu dans la réglementation du droit de visite et d'hébergement du parent chez qui l'enfant n'a pas sa résidence habituelle, dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale. On constate que dans 91,7 % des décisions, le juge aux affaires familiales fixe un droit de visite et d'hébergement. Pour les juges interrogés, cette pratique est commandée par l'intérêt de l'enfant, car il a besoin de ses deux parents. En outre, l'exercice en commun de l'autorité parentale lorsque les parents sont séparés, réclame un minimum d'organisation, aussi le juge aménage-t-il un droit de visite et d'hébergement.

L'étude révèle l'utilisation de différentes possibilités adaptées à chaque cas d'espèce. Toutefois, jusqu'à l'âge de 15 ans, la catégorie « libre à défaut standard » est couramment appliqué en matière de réglementation du droit de visite et d'hébergement du parent non

résident. Les 1ers, 3èmes 5èmes week-ends¹ du mois et la moitié des vacances scolaires sont devenus « le standard » en la matière. Les juges constatent que les parents pensent très souvent que la loi l'impose. L'instauration d'un droit de visite libre suppose une bonne entente des parents en dehors de leurs désaccords personnels : il est peu utilisé avec des enfants en bas âge, et semble mieux s'adapter aux jeunes adolescents. De fait après l'âge de 15 ans, les juges aux affaires familiales fixent plus souvent un droit de visite libre, pour que l'adolescent puisse lui-même organiser ses rencontres avec son père ou sa mère.

Section 2 :

Le contentieux dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale

La recherche a porté entre 1994 et 1995 sur les 75 premières demandes recensées chaque année au sein des tribunaux de grande instance de Lyon et de Nanterre. Cependant, elle ne concerne au total que 276 dossiers, puisque seulement 51 demandes relatives à ce contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale ont pu être dénombrées à Nanterre pour l'année 1994.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993, il suffit aux parents naturels de réunir certaines conditions pour bénéficier automatiquement de l'exercice en commun. A défaut, une demande contentieuse² ou une déclaration conjointe sera nécessaire. Les parents d'un enfant naturels exercent donc de plus en plus fréquemment en commun l'exercice de l'autorité parentale, ce qui entraîne une augmentation corrélative des contentieux relatifs à l'exercice en commun de l'autorité parentale. Les conflits dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale se rapportent non seulement à la modification des modalités de l'exercice en commun, mais aussi à la remise en cause de ce principe ; toutefois ce dernier contentieux ne semble pas être le point qui pose le plus de difficultés.

L'étude de ce contentieux au sein de la famille naturelle concerne les circonstances de la demande (**Paragraphe 1**), la demande (**Paragraphe 2**), et la décision (**Paragraphe 3**).

Par. 1 : Les circonstances de la demande

Il convient d'analyser le contexte dans lequel intervient la demande par rapport aux familles concernées (**A**) et l'organisation antérieure de l'exercice en commun de l'autorité parentale (**B**).

¹ Ce droit commence soit le vendredi soir, soit le samedi matin lorsqu'il y a de l'école pendant cette matinée.

² Cf. Section 1 : La mise en place de l'exercice en commun dans la famille naturelle

A- Les familles concernées

1- Les parents

a) L'âge des parents

Tableau n° 84 : Age des parents

Tribunal	Parents	20 à 24 ans	25 à 29 ans	30 à 34 ans	35 à 39 ans	40 à 44 ans	Plus de 45 ans	Age inconnu	Total
Lyon 1994	Père	4 %	8 %	21,4 %	13,3 %	9,3 %	8%	36 %	100 %
	Mère	9,3 %	13,3 %	22,7 %	14,7 %	4 %	-	36 %	100 %
Lyon 1995	Père	-	24 %	22,7 %	20 %	14,7 %	9,3 %	9,3 %	100 %
	Mère	4 %	37,3 %	21,4 %	20 %	4 %	4 %	9,3 %	100 %
Nanterre 1994	Père	7,8 %	13,8 %	25,5 %	9,8 %	11,8 %	7,8 %	23,5 %	100 %
	Mère	11,8 %	15,7 %	33,4 %	15,6 %	3,9 %	3,9 %	15,7 %	100 %
Nanterre 1995	Père	2,7 %	10,6 %	18,7 %	21,4 %	12 %	14,6 %	20 %	100 %
	Mère	5,3 %	21,4 %	26,6 %	20 %	8 %	-	18,7 %	100 %

La plupart des pères ont entre 30 et 35 ans tandis que les mères appartiennent plutôt à la classe d'âge comprise entre 25 et 30 ans. Malgré l'importance du nombre de parents d'âge inconnu notamment pour l'année 1994 à Lyon, on constate que dans l'ensemble la majorité des parents ont entre 30 et 39 ans. Toutefois, en 1995 à Nanterre, on remarque que les pères sont sensiblement plus âgés.

b) La résidence des parents

Les parents ne vivent généralement plus ensemble au moment de la demande (266 cas sur 276). Le contentieux de l'autorité parentale se situe donc dans le cadre d'une séparation et non d'une vie commune. Ce chiffre est logique puisque le contentieux intervient rarement pendant une période d'entente. Les 7 cas qui font état d'une résidence commune des parents cachent une séparation en cours.

Tableau n° 85 : Résidence des parents

Résidence commune	Résidence séparée	Inconnue	Total
7	266	3	276

2- Les enfants**a) L'âge des enfants**

Pour un nombre total de 354, la majeure partie des enfants ont entre 3 et 5 ans au moment de la décision, soit 38,4 % de l'ensemble des enfants. Une comparaison avec le précédent rapport est difficile puisque l'étude du contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle ne portait que sur 14 dossiers. On constate, cependant, que la remise en cause de cette organisation après la séparation des parents intervient rapidement, au vu du jeune âge des enfants concernés par la procédure.

Tableau n° 86 : Age des enfants

	de 0 à 1 ans	de 1 à 2 ans	de 3 à 5 ans	de 6 à 9 ans	de 10 à 12 ans	de 13 à 15 ans	plus de 16 ans	Inconnu	Total
Effectif	8	68	136	83	33	17	5	4	354
%	2,2	19,2	38,5	23,4	9,3	4,8	1,4	1,2	100

Calculs effectués en fonction du nombre total d'enfants.

b) Le nombre d'enfants dans la famille naturelle**Tableau n° 87 : Nombre d'enfants dans la famille naturelle**

	1	2	3	4	5	Total
Effectif	210	55	7	3	1	276
%	76,1	19,9	2,5	1,1	0,4	100

Comme dans le cadre d'une demande contentieuse d'exercice en commun de l'autorité parentale, la famille naturelle est restreinte, puisqu'à 76 % elle n'est composée que d'un enfant.

c) La reconnaissance des enfants

Dans 60,7 % des cas, les parents ont reconnu simultanément leur enfant. Dans les cas de reconnaissances successives, le père reconnaît plus souvent l'enfant, avant la mère. On remarque également, au regard du jeune âge des enfants concernés par la demande, que les parents naturels, notamment les pères, souhaitent établir un lien de filiation rapidement ce qui suppose une réelle volonté d'exercer leur rôle de père au côté de l'enfant et d'assumer leur responsabilité parentale.

Tableau n° 88 : Reconnaissances des enfants

	Simultanée	Père puis Mère	Mère puis Père	Ordre inconnu	Total
Effectif	215	57	36	46	354
%	60,7	16,1	10,2	13	100

B- La situation antérieure à la demande

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

Tableau n° 89 : Origine de l'autorité parentale

	De plein droit	Décision judiciaire	Déclaration conjointe	Inconnue	Total
Effectif	190	53	30	3	276
%	68,8	19,3	10,8	1	100

Très majoritairement (68,8 % de l'ensemble des dossiers examinés), les parents détiennent l'exercice en commun de l'autorité parentale en vertu des dispositions de la loi du 8 janvier 1993. Le contentieux intervient à la suite de la séparation des parents car le principe de l'exercice en commun ne résout pas les problèmes liés à son organisation en l'absence de vie commune. Le fort pourcentage d'autorité parentale conjointe de plein droit révèle également la rapidité avec laquelle intervient un contentieux dans le cadre d'un exercice en commun.

Le contentieux semble plus rare lorsque la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale résulte d'une décision judiciaire et encore plus rare dans l'hypothèse d'une déclaration conjointe : d'une part, parce que la décision judiciaire a déjà fixé les modalités de

l'exercice en commun et d'autre part, parce que la déclaration conjointe démontre une bonne entente des parents, au sujet de l'éducation de leur enfant.

2- La résidence de l'enfant avant la décision

Tableau n° 90 : Résidence de l'enfant antérieure à la décision

	Résidence mère	Résidence père	Résidence alternée	Résidence commune	Inconnue	Total
Effectif	288	42	4	4	16	354
%	81,4	11,8	1,1	1,1	4,6	100

Calculs effectués à partir du nombre total d'enfants

Sur l'ensemble des dossiers, la résidence de l'enfant a été largement établie chez la mère. L'absence de tout contentieux antérieur à la demande examinée montre que la mère obtient plus fréquemment la résidence de ses enfants même au cours d'une séparation de fait.

Par. 2 : La demande

Il est important de connaître l'auteur de la demande (**A**), l'objet de la demande (**B**) et la réaction du défendeur (**C**), pour apprécier la portée du contentieux.

A- L'auteur de la demande**Tableau n° 91 : Auteur de la demande**

Tribunal		Père	Mère	Conjointe	Total
Lyon 1994	Effectif	32	41	2	75
	%	42,6	54,8	2,6	100
Lyon 1995	Effectif	25	49	1	75
	%	33,3	65,4	1,3	100
Nanterre 1994	Effectif	18	30	3	51
	%	35,3	58,8	5,9	100
Nanterre 1995	Effectif	29	42	4	75
	%	38,6	56	5,4	100
Total	Effectif	104	162	10	276
	%	37,7	58,7	3,6	100

Les mères introduisent majoritairement (58,7 %) les demandes liées à un contentieux dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Leurs motivations, confirmées par les propos recueillis auprès des magistrats, est de clarifier l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père afin que ce dernier ne vienne pas chercher l'enfant à tout moment. Les mères réclament également une décision judiciaire dans le dessein d'entériner la résidence de l'enfant sans revenir sur le principe de l'exercice en commun et de fixer le montant de la pension alimentaire. Pour autant, les demandes des pères ne sont pas rares, puisqu'elles représentent 37,7 % de l'ensemble des dossiers. Leur revendication principale porte sur la réglementation de leur droit de visite et d'hébergement et sur un éventuel changement de résidence de l'enfant à leur domicile comme le montre le développement suivant.

B- L'objet de la demande

L'analyse de l'objet de la demande doit être envisagée sous deux aspects. En effet, il convient de distinguer les demandes de parents qui portent sur l'aménagement de l'exercice en

commun de l'autorité parentale suite à leur séparation (1), des demandes qui remettent en cause les modalités de cet exercice antérieurement établies (2).

Tableau n° 92 : Revendication principale

Tribunal		Remise en cause ECAP	Résidence	Droit de visite et d'hébergmt	Education	Total
Lyon 1994	Effectif	14	23	38	-	75
	%	18,6	30,6	50,8	-	100
Lyon 1995	Effectif	17	19	37	2	75
	%	22,7	25,3	49,3	2,7	100
Nanterre 1994	Effectif	12	9	29	1	51
	%	23,5	12	62,5	2	100
Nanterre 1995	Effectif	18	15	42	-	75
	%	24	20	56	-	100
Total	Effectif	61	66	146	3	276
	%	22,1	23,9	52,9	1,1	100

Il ressort de ce tableau que le principal contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale porte en premier lieu sur le droit de visite et d'hébergement du père ou de la mère de l'enfant, qu'il soit demandeur ou défendeur à Lyon ou à Nanterre (146 dossiers sur 276). Les demandes relatives à un problème d'ordre éducatif sont rarissimes (3 dossiers). Les remises en cause de l'exercice conjoint sont présentes (61 dossiers), mais moindre par rapport aux propos des opposants du nouveau système, qui craignaient un afflux des demandes d'exercice unilatéral, en raison de l'instauration de l'égalité entre le père et la mère dans l'exercice de leurs droits parentaux.

Les demandes de fixation et changement de résidence (66 dossiers) font parties des nouveaux conflits liés à la loi du 8 janvier 1993 qui se posaient de façon très réduite sous la l'empire de la loi Malhuret. L'égalité des droit parentaux permet en effet à l'un et à l'autre des parents de revendiquer la résidence principale de l'enfant.

1- L'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale après la séparation des parents

Tableau n° 93 : Demandes relatives à la résidence de l'enfant¹

Auteur de la demande	Résidence de l'enfant + DVH
Père	8
Mère	12
Conjoint	4
Total	24

Dans ces 24 dossiers, les parents bénéficient de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Ils viennent de se séparer et demandent au juge de déterminer ou d'entériner leur accord sur la résidence de l'enfant et le droit de visite et d'hébergement. Dans deux dossiers, le père réclame l'attribution de la résidence, ce qu'il obtiendra dans un cas. Une des demandes conjointes porte sur l'établissement d'une résidence alternée qui sera prononcée par le magistrat. Elle résulte d'un accord entre les parents puisque leur demande est conjointe. Par ailleurs, elle existe déjà dans les faits, rapportant au juge la preuve que ce système fonctionne sans perturber l'enfant. En outre, les juges sont conscients que s'opposer à un accord des parents n'empêcheraient pas ces derniers de continuer de fait ce mode d'hébergement. Il est à noter que les avocats interrogés ne proposent pas aux parents la mise en place d'une résidence alternée. Mais lorsque ces derniers la souhaitent, ils la traduisent sous la forme suivante : Exercice en commun de l'autorité parentale avec un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux. Cette pratique des avocats est la même à Lyon et à Nanterre. Les juges aux affaires familiales attribuent alors une résidence alternée sous la forme d'un droit de visite et d'hébergement libre. La demande doit, selon les magistrats, émaner des deux parents car dans le cas contraire, l'hébergement alterné ne peut fonctionner.

L'objet des autres demandes est la résidence chez la mère et la fixation d'un droit de visite et d'hébergement pour le père. L'aménagement de ses dispositions intervient très généralement dans le cadre d'un accord entre les parents².

¹ Calculs effectués à partir de l'ensemble des dossiers examinés à Lyon et Nanterre en 1994 et 1995.

² Cf. Tableau n° 98

**Tableau n° 94 : Demandes relatives à l'organisation
du droit de visite et d'hébergement**

Auteur de la demande	DVH de la mère	DVH du père	Total
Père	-	48	48
Mère	1	81	82
Total	1	129	130

-Calculs effectués à partir de l'ensemble des dossiers examinés à Lyon et Nanterre en 1994 et 1995.

Quel que soit le demandeur, la revendication principale porte sur l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père. Les pères demandent la fixation précise de leur droit de visite et d'hébergement (48 dossiers). Les mères réclament très souvent (81 dossiers) la fixation du droit de visite et d'hébergement du père. Le nombre de ce contentieux est beaucoup plus important que celui relatif à la fixation de la résidence. On peut donc en conclure que ces demandes, pour lesquelles le défendeur est presque toujours en accord, revêtent un caractère préventif, dans l'hypothèse où le père ne respecterait pas les dates convenues, ou au cas où la mère n'autorisait pas le père à voir ses enfants. On remarque également dans les dossiers que la demande de la mère est très souvent accompagnée d'une demande de fixation du montant de la pension alimentaire. De même, lorsque la demande émane du père, la mère est d'accord sur le principe d'un droit de visite et d'hébergement et en profite pour obtenir une décision sur la pension alimentaire.

Dans un seul cas, une mère a demandé la règlementation de son droit de visite et d'hébergement en raison de son installation dans un pays étranger.

2- La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale ou de ses modalités.

Tableau n° 95 : Demandes relatives à l'exercice en commun de l'autorité parentale

Auteur de la demande	La remise en cause de l'ECAP
Père	10
Mère	51
Total	61

-Calculs effectués à partir de l'ensemble des dossiers examinés à Lyon et Nanterre en 1994 et 1995.

D'emblée, on remarque l'importance des demandes des mères par rapport à celles des pères. Sur les 10 demandes des pères, à trois reprises la mère est d'accord et sur les 51 demandes des mères, le père consent à ce changement 11 fois. La motivation des décisions révèle que l'incapacité des parents à communiquer est très souvent à l'origine d'une demande de mise en place d'un exercice unilatéral. Ainsi, le parent qui bénéficie de la résidence de l'enfant demande-t-il la mise en place d'un exercice unilatéral. La résidence de l'enfant est dans la majorité des cas fixée chez la mère par les parents au moment de la séparation, d'où le nombre plus élevé de demandes par les mères.

Tableau n° 96 : Demandes relatives à la résidence de l'enfant

Auteur de la demande	Remise en cause de la résidence de l'enfant chez son père	Remise en cause de la résidence de l'enfant chez sa mère	Remise en cause de la résidence alternée de l'enfant	Total
Père	-	28	2	30
Mère	7	1	2	10
Conjoint	2	-	-	2
Total	9	29	4	42

-Calculs effectués à partir de l'ensemble des dossiers examinés à Lyon et Nanterre en 1994 et 1995.

Les demandes des pères relatives à la modification de la résidence de l'enfant sont faibles (30 demandes) par rapport au nombre total d'enfants qui habitent chez leur mère au moment de

la demande (soit 288 enfants). Les mères sont très souvent opposées à la demande du père (dans 15 dossiers). Toutefois, le père, à l'origine de la demande, a obtenu dans 17 cas le changement de résidence. La modification de la résidence alternée a été effectuée dans 3 cas au profit d'une résidence chez la mère en raison de l'éloignement du père. Elle a été maintenue dans un cas car il n'y avait aucune raison, selon les motifs de la décision, de remettre en cause un système qui bouleverserait la vie de l'enfant.

**Tableau n° 97 : Demandes relatives à l'organisation
du droit de visite et d'hébergement**

Auteur de la demande	La remise en cause du DVH de la mère	La remise en cause du DVH du père	Total
Père	3	4	7
Mère	-	5	5
Conjointe	-	4	4
Total	3	13	16

-Calculs effectués à partir de l'ensemble des dossiers examinés à Lyon et Nanterre en 1994 et 1995.

Les demandes de changement des modalités du droit de visite et d'hébergement tendent à augmenter, à réduire ou à supprimer celui-ci par rapport à une décision antérieure. Le droit de visite de la mère a été, dans deux cas augmenté, et une fois suspendu en raison de son indifférence envers son enfant. Le droit de visite du père a été élargi à trois reprises, réduit dans deux cas et supprimé une fois. Les autres demandes ont maintenu la situation antérieure.

En plus, 3 demandes sont relatives à l'éducation de l'enfant. La première a pour objet une intervention chirurgicale (les végétations) pour laquelle le père avait refusé de signer l'autorisation d'opérer, mais un accord est intervenu pendant l'audience. Dans un autre cas, la mère avait déménagé et inscrit l'enfant dans une école privée. Le père n'était pas d'accord et souhaitait un établissement laïque. Pour les juges, la mère aurait dû demander l'avis du père lors de l'inscription. En effet, l'article 372-1 du Code civil dispose que « si les parents n'arrivent pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique suivie tient lieu de règle ou en cas de contestation sur son bien fondé, le parent le plus diligent peut saisir le juge aux affaires familiales ». En l'espèce, l'enfant avait été baptisé avec l'accord du père ; l'inscription dans une école privée apparaît alors au magistrat normale et non contraire à l'intérêt de l'enfant, « qui par contre pourrait être perturbé par un conflit entre ses parents alors qu'il est très attaché aux deux ». Dans la troisième affaire, le père avait demandé au juge d'interdire à la mère un changement d'école qui n'avait pour but que d'éloigner l'enfant de son père. Le juge fait droit à cette demande pour l'année scolaire en cours.

L'éducation de l'enfant ne semble donc pas faire l'objet d'un grave contentieux entre les parents séparés. Le nombre des demandes se limitent à 3. On peut donc en déduire que les parents arrivent à résoudre les questions importantes ayant des conséquences sur l'avenir de l'enfant sans recourir nécessairement aux juges aux affaires familiales.

C- La réaction du défendeur

Au regard des deux situations dégagées au sein du contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale, il a semblé intéressant de reprendre cette distinction dans l'analyse de la réaction du défendeur.

Dans la majorité des cas, il y a un accord entre les parents. Cette réaction du défendeur permet d'apaiser le conflit et de respecter le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents. La pratique de l'ensemble des magistrats rencontrés est d'amener les parents à un accord. Ce nécessaire maintien du dialogue parental est essentiel pour le bon déroulement de l'exercice en commun de l'autorité parentale après la séparation des parents. Les chiffres témoignent de l'importance du rôle du juge aux affaires familiales dans ce domaine.

Tableau n° 98 : Réaction du défendeur lors de l'organisation de l'ECAP

	Accord	Désaccord	Autre	Total
Réaction du père	86	10	1	97
Réaction de la mère	49	4	-	53
Total	135	14	1	150

Le nombre total de demande d'organisation de l'ECAP après la séparation des parents est de 154 dont 4 demandes sont conjointes.

L'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le cadre de la séparation du couple de fait relève majoritairement d'un accord entre les parents. La réaction d'un père dans la catégorie « autre » correspond à la demande du père de mettre en place un exercice unilatéral. L'objet des 14 désaccords porte sur la résidence de l'enfant.

Tableau n° 99 : Réaction du défendeur lors de la remise en cause de l'ECAP

	Accord	Désaccord	Autre	Total
Réaction du père	11	30	10	51
Réaction de la mère	3	7	-	10
Total	14	37	10	61

Les demandes de mise en place d'un exercice unilatéral procèdent d'une impossibilité, du moins pour le parent demandeur, à continuer d'exercer avec l'autre parent l'autorité parentale. Néanmoins, le parent défendeur tient à être associé à la prise des décisions relatives à la vie de ses enfants, c'est pourquoi on dénombre une majorité de désaccords. La catégorie autre correspond à 7 cas où le père ne s'est pas présenté à l'audience et 3 cas où le père réclame l'exercice unilatéral à son profit.

Tableau n° 100 : Réaction du défendeur lors de la remise en cause de la résidence de l'enfant

	Accord	Désaccord	Autre	Total
Réaction du père	3	7	-	10
Réaction de la mère	12	17	1	30
Total	15	24	1	40

Le nombre total de remise en cause de la résidence de l'enfant est de 42 dont 2 demandes sont conjointes.

On constate une certaine opposition entre les parents face à la demande de changement de la résidence de l'enfant. Dans les cas où il existe un accord on remarque que l'enfant a déjà dans les faits changé de résidence. Les parents demandent simplement au juge d'entériner cette situation et d'aménager le droit de visite et d'hébergement du nouveau parent non hébergeant. Dans un dossier, on relève l'absence du père à l'audience.

Tableau n° 101 : Réaction du défendeur lors de la remise en cause du DVH

	Accord	Désaccord	Autre	Total
Réaction du père	1	3	1	5
Réaction de la mère	1	6	-	7
Total	2	9	1	12

Le nombre total de remise en cause de la résidence de l'enfant est de 16 dont 4 demandes sont conjointes.

Les pères demandent un élargissement de leur droit de visite et d'hébergement tandis que les mères en demandent la suppression ou la réduction. Aussi, est-il logique de ne trouver qu'un seul dossier où les parents soient d'accord, même si on aurait pu imaginer que les mères ne soient pas aussi réticentes à l'égard de la demande des pères à voir davantage leur enfant. La catégorie « autre » correspond une fois encore à l'absence du père à l'audience.

Par. 3 : La décision du juge

A- Les moyens d'investigation du juge

Tableau n° 102 : Mesures d'accompagnement

Tribunal	Enquête sociale	Audition de l'enfant	Expertise psychologique
Lyon 1994	9	1	-
Lyon 1995	10	2	2
Nanterre 1994	8	-	19
Nanterre 1995	9	3	3
Total	36	6	24

L'utilisation des mesures d'investigations par le juge aux affaires familiales est plus présente lors de la remise en cause du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale ou de ses modalités (23 %) qu'au moment de la demande contentieuse d'exercice en commun

(18 %). Cette différence peut s'expliquer par la nature même du contentieux qui intervient au cours d'un exercice en commun, ce qui oblige le magistrat à rechercher la véritable cause du conflit parental remettant en cause l'exercice en commun de l'autorité parentale. Selon les résultats des expertises psychologiques recensées, il convient de dépasser ce stade conflictuel « car symboliquement l'autorité parentale stigmatise la responsabilité partagée de la dérive du couple et évite de désigner un coupable d'autant plus que chacun apparaît indispensable aux enfants ».

B- Le maintien ou le retrait de l'exercice en commun

Tableau n° 103 : Maintien et retrait de l'exercice en commun de l'autorité parentale

Tribunal	Maintien	Retrait	Total
Lyon 1994	71	4	75
Lyon 1995	66	9	75
Nanterre 1994	47	4	51
Nanterre 1995	66	9	75
Total	250	26	276

La remise en cause du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale au sein de la famille naturelle est rare. En effet, saisis de 61 demandes, les juges ont transformé, pour 26 d'entre elles, l'exercice en commun en un exercice unilatéral. On constate que les juges respectent le principe de l'exercice en commun dans la famille naturelle en le remettant peu souvent en cause. L'analyse de l'ensemble des dossiers révèle que la transformation de l'exercice en commun en un exercice unilatéral au profit du père est principalement lié à l'éloignement de la mère, en raison de son départ à l'étranger (1 dossier), d'une hospitalisation de longue durée (2 dossiers), ou de son absence (1 dossier). Les juges transforment alors la situation dans l'intérêt de l'enfant. On remarque que les motifs de mise en place d'un exercice unilatéral au profit de la mère sont plus variés en fonction de l'attitude des pères : l'intempérance (1 dossier), le déséquilibre psychologique du père avec hospitalisation (2 dossiers), des actes de violence (5 dossiers), un désintérêt certain du père pour l'enfant qui dans un cas demande à ne pas être investi de l'autorité parentale (6 dossiers), l'éloignement (2 dossiers) et la reconnaissance d'un exercice en commun « illusoire » au vu des relations très conflictuelles des parents même au cours de l'audience (6 dossiers).

Dans leurs motivations les juges expliquent bien que l'exercice en commun de l'autorité parentale n'a pas pour objet d'aider à une meilleure entente entre les parents. Les charges et responsabilités qui incombent à ces derniers sont destinées à conforter le rôle des parents, notamment celui chez lequel l'enfant ne réside pas. Les magistrats remarquent encore que l'absence de dialogue entre les deux parents procède rarement de l'attitude exclusive de l'un d'eux. Ces difficultés de dialogue ne peuvent suffire à étayer une demande tendant à priver l'un des parents du droit d'exercer au même titre que celui qui a la résidence, l'autorité parentale. L'autorité parentale doit être en principe exercée en commun par les deux parents. Seuls des événements d'une certaine gravité peuvent rendre indispensable un exercice exclusif. C'est pourquoi, le simple manque de dialogue est insuffisant pour que le juge substitue un exercice unilatéral au principe de l'exercice en commun. Le conflit entre les anciens concubins doit être grave, empêchant totalement l'exercice en commun dans l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, le contexte conflictuel entre les parents ne saurait constituer un élément nouveau susceptible de modifier l'exercice en commun de l'autorité parentale. On trouve dans certaines décisions des remarques que le juge adresse aux parents pour qu'ils dépassent leur propre conflit : « Il serait temps que les parents parviennent à gérer leur conflit d'adultes et réussissent à reconstituer dans l'intérêt bien compris de l'enfant une unité parentale ». Sur ce fondement, une décision recensée à Nanterre, a refusé de prononcer un exercice unilatéral que les parents souhaitaient voir attribuer à l'un ou l'autre et éviter ainsi le dialogue. Enfin, on constate que les magistrats estiment qu'il n'y a pas dans leurs attributions « d'argumenter sur de petits griefs, tels que le fait que le père achète trop de vêtements et jouets à ses filles, refusent qu'elles portent chez lui les vêtements qu'elles portent chez leur mère ». Il revient aux parents de gérer leur propre conflit, de l'évacuer pour respecter le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents comme l'a souhaité le législateur dans la loi du 8 janvier 1993.

En comparant les motifs du refus de mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale, pour des parents ne bénéficiant pas de l'article 372 alinéa second, et les décisions rejetant la conversion en un exercice unilatéral, on constate que la présence d'un conflit permanent fait plus facilement obstacle dans le cadre du premier contentieux que dans le second à un exercice en commun. Il est vrai que l'application du principe édicté dans l'intérêt de l'enfant ne saurait être remis en cause par un conflit personnel.

C- La résidence principale de l'enfant après la décision

Tableau n° 104 : Résidence de l'enfant dans le cadre d'un EUAP

	Résidence chez la mère	Résidence chez le père	Total
Effectif	22	4	26
%	84,6	15,4	100

-Calculs effectués à partir du nombre de dossiers où il y a un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Sur l'ensemble des dossiers, 61 demandes portaient sur la mise en place d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Le père a obtenu cet exercice 4 fois sur les 10 demandes. La demande de la mère a abouti 22 fois sur les 51 demandes.

Tableau n° 105 : Résidence de l'enfant dans le cadre d'un ECAP

	Résidence chez la mère	Résidence chez le père	Résidence alternée	Résidence chez un tiers	Total
Effectif	214	33	2	1	250
%	85,6	13,2	0,8	0,4	100

-Calculs effectués à partir du nombre de dossiers où il y a un exercice en commun de l'autorité parentale.

L'attribution de la résidence de l'enfant aux pères a augmenté par rapport aux chiffres avant la décision¹. Un changement de résidence ne peut intervenir que s'il existe un risque pour la stabilité de l'enfant. Cette modification intervient pour différentes raisons : un accord est intervenu entre les parents pour un changement de résidence dont l'adolescent est à l'initiative ; dans les hypothèses où la demande de changement de résidence s'inscrit dans le cadre d'un désaccord, le juge statue en fonction de l'intérêt de l'enfant en raison ou bien du départ de la mère à l'étranger, de son départ en laissant les enfants au père sans donner de nouvelle, de l'absence de domicile fixe, de ses déséquilibres psychologiques, de sa consommation de drogue ou d'alcool, ou bien encore de son immaturité qui donnent certaines inquiétudes sur les bons soins qu'elle prodigue à sa fille.

¹ Cf. Tableau n° 90

Dans 3 cas, le juge aux affaires familiales a supprimé la résidence alternée. Dans la première espèce l'enfant était âgé de 8 mois, et aucun accord n'existait entre les parents ; dans les deux autres dossiers l'éloignement géographique du père rendait impossible le maintien d'une résidence alternée.

D- Le droit de visite et d'hébergement selon l'âge de l'enfant

**Tableau n° 106 : Modalités du droit de visite et d'hébergement
dans le cadre d'un ECAP**

		Libre	Libre à déf. large	Libre à déf. standard	Libre à déf. réduit	Large	Standard	Réduit	Réduit dans lieu neutre	Total
de 0 à	Effectif	6	21	70	16	10	13	19	8	163
5 ans	%	3,7	12,9	42,9	9,8	6,2	7,9	11,7	4,9	100 %
de 6 à	Effectif	-	4	26	-	6	9	11	2	58
10 ans	%	-	6,9	44,8	-	10,5	15,5	18,9	3,4	100 %
De 11	Effectif	1	3	9	4	4	5	-	1	27
à 15 ans	%	3,7	11,1	33,4	14,8	14,8	18,5	-	3,7	100 %
Plus de	Effectif	-	-	1	-	-	-	1	-	2
16 ans	%	-	-	50	-	-	-	50	-	100 %

Calculs effectués à partir du 1er enfant.

D'une manière générale, les juges aux affaires familiales de Nanterre et de Lyon mettent en place un droit de visite et d'hébergement libre à défaut standard quel que soit l'âge de l'enfant. Lorsque les parents sont d'accord le magistrat n'intervient pas, il homologue l'accord des parties. L'exercice d'un droit de visite et d'hébergement réduit est plus fréquent que pendant les années 1988 à 1991¹. En effet, en vertu du très jeune âge de certains enfants, le juge réserve le droit d'hébergement du père. Par ailleurs, dans cinq décisions, le droit de visite et d'hébergement a été réduit à un simple droit de visite lorsque le parent ne peut assumer un tel hébergement au vu des conditions matérielles dans lesquelles il vit. Enfin, dans deux dossiers, le juge a réservé le droit de visite et d'hébergement car le père était parti sans adresse et un autre refusait d'être « un père du dimanche ».

¹ L'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce et dans la famille naturelle, Bilan d'application de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice en commun de l'autorité parentale : p. 175.

Les avocats interrogés déclarent établir un projet du droit de visite et d'hébergement très précis pour éviter de nombreux conflits postérieurs.

**Tableau n° 107 : Modalités du droit de visite et d'hébergement
dans le cadre d'un ECAP**

		Libre	Libre à déf. standard	Libre à déf. réduit	standard	Réduit	Réservé	Inconnu	Total
de 0 à 5 ans	Effectif	-	1	2	1	1	1	-	6
	%	-	16,6	33,6	16,6	16,6	16,6	-	100
de 6 à 10 ans	Effectif	1	1	3	1	1	4	-	11
	%	9,1	9,1	27,3	9,1	9,1	36,3	-	100
De 11 à 15 ans	Effectif	1	1	-	1	1	-	1	5
	%	20	20	-	20	20	-	20	100
Plus de 16 ans	Effectif	-	1	-	-	-	-	1	2
	%	-	50	-	-	-	-	50	100

Calculs effectués à partir du 1^{er} enfant.

Au regard de l'exercice du droit de visite et d'hébergement dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale, il apparaît que la mise en place d'un exercice unilatéral entraîne en général un droit de visite et d'hébergement plus réduit. Le comportement du parent non hébergeant à l'égard des enfants aboutit dans certains cas à une suspension de son droit de visite. Cette constatation ne surprend pas en raison du caractère exceptionnel d'un retour à un exercice unilatéral.

Selon les avocats et les juges aux affaires familiales interrogés, les parents ne sont pas correctement informés des dispositions légales. Beaucoup sont très étonnés lorsqu'ils apprennent que l'exercice en commun de l'autorité parentale est devenu le principe dans la famille naturelle. Il est vrai que le couple de fait n'a principalement recours aux lois que dans les hypothèses d'une séparation. Les problèmes posés par les parents naturels se présentent, pour la plupart des professionnels, de façon différente par rapport aux couples divorcés. La raison principale reste au départ le manque de structure juridique dans cette famille et parfois l'absence de toute vie commune. Dans cette dernière hypothèse, un magistrat constate que le dialogue est plus difficile

entre les parents. En revanche, pour une minorité de professionnels les problèmes sont les mêmes dans la famille naturelle et la famille légitime, car ils se concentrent autour de l'enfant.

Il ressort de l'étude des dossiers que le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale est à Lyon et à Nanterre très largement appliqué dans les décisions des juges. Même en cas de désaccord des parents, les magistrats encouragent la mise en place d'un exercice conjoint. Mais, il arrive qu'un exercice unilatéral soit la meilleure solution dans l'intérêt de l'enfant. Les magistrats interrogés estiment que l'exercice en commun de l'autorité parentale offre à chacun des parents, la possibilité de participer activement à l'éducation de leur enfant. Le législateur de la loi du 8 janvier 1993 a souhaité tenir compte des droits des pères naturels vis à vis de leurs enfants.

Les mères, qui auparavant exerçaient seules l'autorité parentale, n'empêchent pas la mise en place d'un exercice en commun avec le père. Dans certains cas, ce sont elles qui le provoquent (cette demande est souvent accompagnée d'une augmentation de la pension alimentaire). Le principe même de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle ne provoque pas de grands conflits entre les parents. Cette constatation est corroborée par le faible nombre de demandes de conversion en un exercice unilatéral. L'étude des dossiers a permis de dégager les principales causes pour lesquelles les juges de Nanterre et de Lyon prononcent un exercice unilatéral, dérogeant ainsi au principe de l'exercice en commun : la présence d'un grave conflit entre les parents, l'éloignement géographique, la violence, et le désintérêt pour l'éducation de l'enfant. Le contentieux le plus important se trouve dans l'organisation du droit de visite et d'hébergement des pères, puisque les mères obtiennent majoritairement la résidence habituelle de l'enfant.

Troisième partie :

La résidence de l'enfant

L'étude distincte du choix de la résidence de l'enfant dans les familles légitimes et naturelles à divers stades de leur histoire a permis de mettre en évidence nombre de particularités. Cette étude est menée seulement dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale et non dans celui de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, puisque dans ce dernier cas la résidence est indissociable de l'exercice de l'autorité parentale et que son analyse isolée ne serait pas pertinente. Il convient de s'interroger sur l'existence de caractéristiques communes ou de différences notables et, les cas échéant sur leur nature ; qu'il s'agisse de la demande des parents (**paragraphe 1**), de l'attribution de la résidence par le juge (**paragraphe 2**) ou de l'évolution de la résidence dans le temps (**paragraphe 3**).

Par. 1 : La demande des parents quant à la résidence

Deux aspects essentiels se dégagent des études relatives à la demande des parents dans le cadre des différents contentieux relatifs à l'autorité parentale dans la famille légitime et naturelle : d'une part l'accord des parents (A), d'autre part la relation existant entre la demande et le sexe du parent (B).

A- L'accord des parents à propos de la résidence de l'enfant

Si l'article 287 du Code civil, tel qu'il est issu de la loi du 8 janvier 1993, oblige le juge à tenir compte dans sa décision de l'accord des parents lors du divorce, la question se pose de savoir si celui-ci se sent également investi d'une telle mission de conciliation dans le cadre de la famille naturelle.

Dans la famille légitime, les parents établissent un accord sur le choix de la résidence du ou des enfants dans 77,3 % des hypothèses lors du divorce contre 62,37 % des hypothèses lors du contentieux après-divorce. Ils y parviennent d'eux-mêmes ou sous l'influence des avocats et des magistrats qui les persuadent de l'importance d'un tel consensus.

La même observation ne vaut pas pour la famille naturelle où l'accord des défendeurs est constaté dans seulement 54,5 % des cas s'agissant de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale et dans 52,8 % des cas s'agissant du contentieux qui s'y rapporte.

On peut penser que dans le cadre de la famille naturelle, les enfants représentent plus qu'ailleurs les enjeux des rapports de force et ceci bien que la loi du 8 janvier 1993 érigeant l'exercice en commun de l'autorité parentale en principe même dans la famille naturelle, apaise nombre d'antagonismes. Toutefois, il faut surtout rappeler que la famille naturelle dispose d'une voie gracieuse pour mettre en place l'exercice en commun de l'autorité parentale, et qu'on peut supposer que lorsque les parents sont d'accord sur l'organisation du mode de vie des

enfants, ils ont plutôt recours à une déclaration conjointe, ce qui peut constituer une des explications au faible taux d'accord dans le cadre de la mise en place contentieuse de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Il reste que le taux d'accord dans le cadre d'un contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale établi antérieurement est sensiblement différent de celui constaté dans le cadre de l'après-divorce, ce qui permet de conclure à une gestion beaucoup plus conflictuelle des modalités de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle que dans la famille légitime.

B- La demande de résidence et le sexe du parent

Dans la famille légitime comme dans la famille naturelle, la demande de résidence provient majoritairement des mères et cette tendance est particulièrement importante lorsque l'enfant est en bas âge.

Ainsi, au moment du divorce, 87 % des enfants de moins de 6 ans font l'objet d'une demande de résidence de la part de leur mère.

Le même phénomène est observé dans le cadre de la famille naturelle puisque dans 77,1% des cas, la demande de résidence est présentée en faveur de la mère lors de la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale. En revanche ces demandes diminuent jusqu'à atteindre 43,1 % des cas seulement dans le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

Les demandes des pères, soit 15,7 % des demandes lors du divorce, concernent en général des enfants de plus de 11 ans. L'idée que la mère obtient toujours la résidence de l'enfant semble encore ancrée dans les esprits et rend les pères réticents à entreprendre une telle démarche. Les avocats de Nanterre remarquent que même les pères qui demandent la résidence de l'enfant au début de la procédure finissent par changer d'avis avant l'intervention du juge.

En revanche, par la suite, 44 % des remises en cause de la résidence émanent des pères.

Dans la famille naturelle, lors de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale, 20,5 % des demandes sont présentées en faveur des pères mais seules 17,8 % de l'ensemble des demandes proviennent de leur initiative propre. Dans le cadre du contentieux consécutif à la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale ces chiffres connaissent une nette augmentation : 55, 2 % des demandes de résidence sont présentées en faveur des pères tandis que 50 % de l'ensemble des demandes émanent des pères.

La proportion de la demande des pères relatives à la résidence lors du prononcé et de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle est donc non négligeable. Il faut cependant noter que les demandes des pères tendant à voir instaurer l'exercice en commun de l'autorité parentale sont plus nombreuses dans le cadre de la famille naturelle, ce qui paraît logique dans la mesure où dans ce contexte, c'est la mère qui, de droit, est titulaire de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale en l'absence d'exercice en commun, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse d'une famille légitime après-divorce. Cette différence entre la demande d'exercice en commun de l'autorité parentale et la résidence satisfait l'objectif poursuivi par le législateur de 1993, en dissociant la résidence et l'autorité parentale, permettant ainsi au parent qui ne vit pas avec l'enfant de conserver des droits et des devoirs à son égard.

Il faut en outre remarquer qu'un certain nombre de demandes ont pour objet la résidence de l'enfant chez l'autre parent.

Ainsi dans 9,5 % des cas dans la famille légitime et dans 11,5 % des cas dans la famille naturelle lors de la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale, c'est la mère qui demande la résidence de l'enfant chez le père. Ces chiffres confirment la dissociation entre résidence et autorité parentale, le parent hésitant moins à demander la résidence de l'enfant chez son ancien conjoint ou concubin du fait qu'il continue à exercer l'autorité parentale.

Par. 2 : L'attribution de la résidence

L'article 287 du Code civil impose au juge de prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans sa décision sur la résidence habituelle de l'enfant à défaut d'accord entre les parents ou si cet accord va à l'encontre de son intérêt. Ce texte concerne seulement le divorce mais les magistrats affirment avoir la même démarche dans le cadre de la famille naturelle.

De manière générale, il semble que certaines tendances apparaissent quant à la détermination de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de choisir sa résidence habituelle même si magistrats et avocats s'accordent pour reconnaître la difficulté d'élaborer des critères objectifs. Les juges s'attachent à éviter de trop modifier l'environnement habituel de l'enfant ce qui peut les conduire à préférer maintenir la résidence antérieure de l'enfant, même si des critères tels que la disponibilité matérielle et affective ou la « capacité éducative » respective des parents interviennent également.

Quant à l'audition de l'enfant en justice, les professionnels restent prudents et conscients des risques de manipulation de l'enfant. Ils veulent en outre éviter que l'enfant ne croit que la décision lui appartient. L'âge de l'enfant paraît jouer un rôle déterminant.

L'étude de l'ensemble des décisions relatives à la résidence permet de dégager plusieurs tendances quant à l'attribution de la résidence selon le sexe du parent et l'âge de l'enfant.

A- L'attribution de la résidence et le sexe du parent hébergeant

Les mères étant les principales demanderesses de la résidence de l'enfant, elles en sont logiquement les principales bénéficiaires : 86,3 % des résidences sont attribuées aux mères au moment du divorce. La loi du 8 janvier 1993 ne semble donc pas avoir apporté de modifications notable sur ce point. En revanche, 23,7 % seulement des décisions statuant sur le contentieux après-divorce attribuent la résidence à la mère. Cette notable différence s'explique de toute évidence au stade de la revendication : 43,1 % des demandes ont pour objet la remise en cause la résidence de l'enfant préalablement confiée à la mère.

Dans le cadre de la famille naturelle, les mères obtiennent la résidence dans 77,8 % des cas de mises en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale et dans 81,7 % des cas de contentieux.

Les contentieux des familles légitimes et naturelles présentent donc sur ce point sensiblement les mêmes caractéristiques, les mères restant largement bénéficiaires de la résidence de l'enfant surtout lorsque les enfants sont en bas âge. Néanmoins, lorsque les pères maintiennent leur demande de résidence durant toute la procédure, ils l'obtiennent la plupart du temps puisque les pourcentages de demande en ce sens correspondent assez largement au pourcentage d'attribution, si l'on excepte les cas de mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle.

Ainsi, au moment du divorce, les pères demandent la résidence dans 15,7 % des cas (274 dossiers) et l'obtiennent pour 11,7 % d'entre eux (454 enfants) : les pères obtiennent donc la résidence de leur enfant dans 74,5 % des cas où ils l'ont demandée. Le taux de réussite de leur demande sera plus important lors du contentieux après-divorce : 84,21%.

Dans le cadre de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle, les pères demandent la résidence dans 20,5 % des cas mais ne l'obtiennent que dans 14,9 % des hypothèses, le taux de réussite de leur demande n'est donc que de 72, %.

En revanche, dans le cadre du contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle, les pères demandent la résidence dans 55,17 % des hypothèses et l'obtiennent dans 17,6 % des cas. Les pères obtiennent donc la résidence dans 31,9 % des cas où ils l'ont revendiquée. Le taux de réussite de la demande des pères est donc beaucoup plus fort dans la famille légitime que dans la famille naturelle.

Notons par ailleurs que les hypothèses de résidences alternées ou chez un tiers restent exceptionnelles dans la famille naturelle comme dans la famille légitime.

S'agissant de la résidence alternée, 5 enfants sur 454 ont été concernés au moment du divorce, aucun dans le contentieux après-divorce, 4 enfants sur 296 lors du contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle.

La résidence alternée est souvent présentée dans les conclusions des avocats comme une demande de résidence chez l'un des parents accompagnée d'une demande de droit de visite et d'hébergement large pour l'autre parent. Certains praticiens préfèrent donc utiliser l'expression d'hébergement alterné.

Peu de juges refusent un tel aménagement à condition qu'ils puissent constater qu'un véritable accord existe entre les parents sur ce point car la moindre opposition empêcherait un tel fonctionnement. Toutefois quand les magistrats sont convaincus de consensus parental, ils mettent le couple en garde contre les dangers que peut présenter une telle solution pour l'équilibre affectif et moral de l'enfant et ordonnent souvent une enquête sociale.

La résidence chez un tiers a été ordonnée pour 4 enfants sur 454 au moment du divorce, pour 6 enfants sur 249 au moment de la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle et pour 1 enfant sur 296 à l'occasion du contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Elle reste donc tout aussi exceptionnelle que dans le cas précédent.

Ici encore les juges insistent sur la nécessité d'un accord entre les parents et disent se contenter la plupart du temps d'entériner une situation de fait relativement satisfaisante où l'enfant vit, dans la majorité des cas chez ses grand-parents. Cette solution s'explique en général par l'incapacité des parents à prendre leurs enfants à charge qu'ils soient trop jeunes, instables, alcooliques, toxicomanes...

B. L'attribution de la résidence et l'âge de l'enfant

Aucun jugement de divorce n'attribue la résidence d'un enfant de moins de 6 ans au père, ou bien que celui-ci ne l'a pas demandée, ou bien que l'idée que la mère est plus apte à s'occuper d'enfants en bas âge perdure encore.

La majorité des enfants qui résident chez leur père ont plus de 11 ans. Lors de la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle, les décisions attribuant la résidence de moins de 6 ans au père sont plus nombreuses (5,5 %) mais l'âge charnière de l'enfant se situe comme précédemment à 11 ans.

Même s'il n'existe pas de différence véritablement caractéristiques entre la famille légitime et la famille naturelle, il faut noter que lors de la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale dans cette dernière les pères ont tendance à davantage

revendiquer la résidence et donc à l'obtenir davantage, même lorsque les enfants sont en bas âge. Néanmoins, il ne s'agit que d'une tendance qui demande encore à être confirmée.

Par. 3 : L'évolution de la résidence

Les contentieux étudiés s'inscrivent dans l'histoire de la famille légitime, pour le divorce et l'après-divorce, ou dans celle de la famille naturelle pour la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale et le contentieux de celui-ci. Il convient donc de se demander si l'évolution dans le temps est susceptible d'en modifier certains aspects, notamment au regard de la demande de résidence des pères(A), de la demande de résidence d'un parent en faveur de l'autre parent(B) et de la réaction du défendeur (C) .

A- La demande de résidence des pères et le type de contentieux

Tableau n° 108 : Demande de résidence des pères et type de contentieux

	Demandes de résidence chez le père	Décisions attribuant la résidence au père	Taux de réussite de la demande de résidence
Divorce	15,7 %	11,7 %	74,5 %
Contentieux après-divorce	68,1 %	66,66 %	97,8 %
Mise en place d'un ECAP. dans la famille naturelle	20,5 %	14,9 %	72,7 %
Contentieux de l' ECAP. dans la famille naturelle	55,2 %	17,6 %	31,9 %

Comme on l'a observé précédemment, le nombre de demandes tendant à ce que la résidence soit fixée chez le père lors du divorce est peu important : 15,7 %. En revanche, ce chiffre augmente très sensiblement (68,1 %) lors du contentieux après-divorce. Cette évolution s'explique sans doute par le désir des pères de retrouver un équilibre matériel et affectif avant de prendre en charge leur enfant. Cette hausse, est , en outre, probablement en relation avec l'âge des enfants qui est plus élevé dans le cadre du contentieux autorité parentale après-divorce. Dans le cadre de la famille naturelle le taux de demande des pères passe de 20,5 % lors de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale à 55,2 % lors du contentieux ultérieur. On assiste donc à une augmentation similaire quoique moins importante.

En tout état de cause et tout type de contentieux confondus, les pères obtiennent la résidence de leur enfant dans 70 % des hypothèses où celle-ci a été demandée par eux mêmes ou par les mères des enfants. En d'autres termes, moins d'un père sur 3 est débouté de sa demande.

B- La demande par un parent de la résidence de l'enfant chez l'autre

Tableau n°109 : Demande par un parent de la résidence de l'enfant chez l'autre

	Demande de résidence chez le père par la mère	Demande de résidence chez la mère par le père	Nombre total de demande de résidence chez l'autre
Divorce	9,5 %	66,8 %	75,3 %
Contentieux après- divorce	13,2 %	0,88 %	14,08 %
Mise en place ECAP dans le famille naturelle	2,4 %	52,2 %	54,6 %
Contentieux ECAP dans la famille naturelle	1,7 %	3 ,4 %	5,1 %

Les forts taux de demandes des pères tendant à ce que les enfants résident chez leur mère lors du divorce (66,8 %) ou lors de la mise en place d'un exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle (52,28%) démontrent une certaine passivité de leur réaction ou tout au moins leur assentiment face à la demande des mères.

En revanche, la demande des mères en faveur de la résidence de l'enfant chez le père dans le cadre du divorce (9,5 %) vient confirmer la dissociation entre résidence et autorité parentale, le parent hésitant moins à demander à ce que l'enfant réside chez son ancien conjoint du fait qu'il continue à exercer l'autorité parentale.

Néanmoins, au stade de la remise en cause des solutions, dans le cadre de l'après-divorce ou dans le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle ces chiffres diminuent. Les rapports entre ex-époux ou concubins semblent dans ces hypothèses plus conflictuels, le recours au juge paraissant caractériser leur impuissance à trouver un arrangement amiable dans leur pratique quotidienne des modalités préalablement fixées.

C- La réaction du défendeur et le type de contentieux

Tableau n°110 : Réaction du défendeur

	Accord	Désaccord	Statu quo	Autre	Pas de réponse
Divorce	77,5 %	12,5 %	—	—	—
Contentieux après-divorce	62,37 %	—	23,55 %	6,45 %	7,53 %
Mise en place ECAP dans la famille naturelle	54,5 %	34,4 %	—	11,1 %	—
Contentieux ECAP dans la famille naturelle	52,8 %	—	21 %	21,2 %	5,3 %

Le fort taux d'accord, tous types de contentieux confondus, doit être relevé puisqu'il se situe en moyenne à 62 %.

Néanmoins la physionomie du contentieux dans la famille légitime et naturelle n'est pas tout à fait la même. Dans la famille légitime en effet on observe une certaine diminution du taux d'accord des parents entre le prononcé du divorce (77,5 %) et le contentieux ultérieur (62,37 %). Elle semblerait indiquer un durcissement des rapports des parents et une volonté de maintenir la situation préétablie. La même différence ne se remarque pas dans la famille naturelle où les proportions sont sensiblement les mêmes que l'on se situe au stade de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale ou à celui de la remise en cause de ses modalités.

La notable différence entre le taux d'accord au moment du divorce et lors de la mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle (77,5 % et 54, %) doit être mise en relation avec l'existence dans ce dernier cas de procédures gracieuses par ailleurs.

De même le faible nombre de conflits engendrés par l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle comme dans la famille légitime peut certes être analysé comme la marque du succès de ce système (non seulement le système n'est pas en lui-même pathogène, mais les parents apprennent à collaborer dans l'intérêt de l'enfant malgré leur séparation). Mais il peut aussi apparaître comme le signe de son échec : s'il n'y pas de conflit, c'est que l'un des parents prend seul les décisions ; l'autre se résigne ou se désintéresse de la situation.

— En vérité, l'attitude des pères paraît pour le moins ambiguë. Rares sont ceux qui demandent à prendre en charge quotidiennement les enfants. Contrairement à une opinion souvent avancée, les 86% de prise en charge par la mère après-divorce ne peuvent donc se réduire à un problème de « sexisme » des juges. D'autant que lorsque les pères demandent, il ne semble pas qu'il y ait de « prime à la mère ». Il est vrai que lorsque le père demande à assurer la charge des enfants, la situation est souvent très particulière : il n'est donc pas surprenant qu'ils obtiennent gain de cause.

Reste bien sûr à s'interroger sur les raisons de l'attitude des pères : pourquoi demandent-ils si rarement à assumer la charge des enfants ? Est-ce seulement une question de modèle social de prise en charge des enfants (d'ailleurs, combien de mère demandent la résidence habituelle des enfants parce qu'elles craindraient sinon de passer pour de « mauvaises mères » ?), ou de disponibilité ? N'est-ce pas aussi un problème de pesanteur judiciaire (celle de certains magistrats mais aussi celle de certains avocats) : les pères n'osent pas demander la résidence habituelle parce qu'ils sont persuadés qu'ils ne pourront pas l'obtenir ? Une enquête plus approfondie auprès des pères eux-mêmes permettrait de mieux comprendre ce phénomène.

— Les dispositions de la loi du 8 janvier 1993 relatives à l'audition de l'enfant sont très rarement mises en œuvre dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale qui constituent pourtant des procédures qui intéressent l'enfant au premier chef. Quel que soit le contentieux, les auditions sont extrêmement rares. Toutefois, les sentiments de l'enfant ne sont pas totalement absents. La demande des parents sont parfois motivée par un souhait du mineur, notamment lorsque le parent hébergeant sollicite un changement de résidence de l'enfant au profit de son ancien conjoint. Un nombre conséquent de décisions font en outre référence aux sentiments de l'enfant sans qu'une audition de celui-ci ait été ordonnée.

— Faudrait-il donc réformer une nouvelle fois le droit de l'autorité parentale ? L'analyse de deux ans d'application de la loi du 8 janvier 1993 n'offre qu'une certitude : l'inadéquation de l'acte de communauté de vie aux besoins et aux attentes des parents naturels. Mais il semble que le problème réside moins dans l'acte lui-même que dans le système d'exercice en commun de l'autorité parentale de plein droit et ses deux conditions cumulatives. Ne vaudrait-il pas mieux lier, comme on l'a parfois proposé, exercice en commun de l'autorité parentale et reconnaissance conjointe ? Non seulement en effet, un tel système résoudrait tous les problèmes de preuve à

Conclusion

L'étude du droit de l'enfant à conserver des liens avec ses deux parents, au travers de deux années d'application de la loi du 8 janvier 1993, offre moins de certitudes que d'incertitudes.

— Une certitude : l'exercice en commun de l'autorité parentale est la règle dans la famille légitime comme dans la famille naturelle. Conformément aux vœux du législateur, les parents, fussent-ils séparés, disposent donc désormais d'un cadre permettant *a priori* une prise en charge commune de l'enfant et le maintien de ses relations personnelles avec chacun d'eux.

Mais cette certitude ne peut masquer un certain nombre d'incertitudes. Que recouvre en effet l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la pratique quotidienne des parents légitimes ou naturels ? De fait, l'enquête a révélé, sous le principe d'exercice en commun, le maintien des schémas traditionnels : résidence habituelle chez la mère, droit de visite et d'hébergement libre ou à défaut « standard » pour le père. Pour autant peut-on dire qu'aujourd'hui comme hier la mère continue d'être seule investie de la charge quotidienne des enfants (l'ancienne mère « gardienne ») ? Ne peut-on penser que les comportements des parents ont malgré tout évolué, ou commencé à évoluer, en profondeur, vers une responsabilisation et vers une plus grande implication des deux parents dans l'éducation de leurs enfants ?

Il serait donc tout à fait excessif de dire, comme le font certains adversaires de l'exercice en commun de l'autorité parentale, et plus encore, quelques uns de ceux qui attendaient du nouveau système une véritable révolution, que rien n'a changé. Il est possible que sous la permanence des schémas anciens, des changements plus profonds soient à l'œuvre.

— Le petit nombre de situations conflictuelles se traduisant par des demandes opposées des pères et mères lors du prononcé du divorce, conduit à nuancer singulièrement l'image d'une séparation qui ne serait que cris et combats judiciaires : dans un très grand nombre de cas les parents forment des demandes concordantes ; il est également fréquent qu'un des parents s'abstienne de former une demande particulière à propos des enfants. Il en va de même dans l'après-divorce et dans la famille naturelle. Le juge n'a que rarement à trancher un véritable conflit.

Mais une telle donnée doit être analysée avec prudence. Certains y verront la marque d'un consensus parental : le faible nombre de conflit pourrait apparaître comme le signe d'une « dépassionnalisation » de la séparation, sans doute favorisée par le partage des responsabilités que porte en lui l'exercice en commun de l'autorité parentale. D'autres, à l'inverse, souligneront que la rareté des conflits pourrait signifier, tout simplement, que dans un grand nombre de cas, une seule solution est envisageable ou en tout cas envisagée : la prise en charge de l'enfant par sa mère.

l'égard des tiers, mais encore, la démarche commune que constitue la reconnaissance conjointe permettrait une information des parents sur leurs responsabilités communes à l'égard des enfants.

En revanche, l'enquête n'apporte guère de renseignements sur la résidence alternée, en qui certains voient aujourd'hui une solution à tous les problèmes du divorce et la seule garantie efficace du droit de l'enfant à conserver des relations avec ses deux parents. Un tel système est très rarement adopté, toujours à la requête des deux parents. Il est vrai que la résidence alternée est parfois camouflée sous une résidence habituelle assortie de très larges droits de visite et d'hébergement.

Il semble donc nécessaire de laisser à la loi le temps de développer toutes ses potentialités. Alors seulement pourront vraiment être mesurés ses effets.

TABLE DES MATIERES

Introduction	5
<i>Section 1 : Rappel de la problématique</i>	7
A- L'après-divorce	7
B- La famille naturelle	8
C- La parole de l'enfant	9
<i>Section 2 : Méthodologie de la recherche</i>	10
A- Nature des recherches	11
1- Entretiens avec les professionnels	11
2- Analyse des dossiers	12
B- Domaine des recherches	14
<i>Section 3 : Présentation des principaux résultats de la recherche</i>	14
Sous-section 1 : Les relations entre parents et enfants en cas de divorce	14
Par. 1 : L'organisation des relations entre l'enfant et ses parents lors de la décision de divorce	14
A. La règle : l'exercice en commun de l'autorité parentale	15
1- Exercice en commun de l'autorité parentale et type de divorce	15
2- Exercice en commun de l'autorité parentale et âge des enfants	15
3- Exercice en commun et demande des parents	16
4- Exercice en commun de l'autorité parentale et mesures provisoires	16
B. L'exception : l'exercice unilatéral de l'autorité parentale	17
1- Rareté de l'exercice en commun de l'autorité parentale	17
2- Particularité des circonstances dans lesquelles est ordonné un exercice unilatéral de l'autorité parentale	18
Par. 2 : L'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale après-divorce	19
A. Le choix de la résidence habituelle de l'enfant	20
1- Résidence habituelle et demande des parents	20
2- Résidence habituelle et âge des enfants	21
3- Attribution de la résidence habituelle en cas de conflit	21
4- Modalités particulières d'aménagement de l'exercice en commun	

de l'autorité parentale	22
B. L'organisation des relations personnelles entre l'enfant et ses parents	22
1- Le droit de visite et d'hébergement	22
2- Aménagements particuliers	23
Par. 3 : Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans l'après-divorce	24
A. La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale	24
1- Les circonstances de la demande	24
2- Demandes et réactions des parents	25
3- La décision du juge	25
B. Le contentieux du fonctionnement de l'exercice en commun de l'autorité parentale	26
1- Le réaménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale	26
a) le contentieux relatif à la résidence habituelle	26
b) le contentieux relatif au droit de visite et d'hébergement	27
2- Le contentieux relatif à l'éducation de l'enfant	28
Sous-section 2 : Les relations entre l'enfant et ses parents naturels	28
Par. 1 : L'exercice en commun de l'autorité parentale et l'acte de communauté de vie	29
A. L'échec de l'acte de communauté de vie	29
1- Le constat d'échec	29
a) Le contexte de la demande	30
b) les parents concernés	30
2- Les causes de l'échec	31
B. Le recours à d'autres procédures	32
Par. 2 : La mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle	33
A. Les déclarations conjointes d'exercice en commun de l'autorité parentale	
B. (art. 374 al. 2 c. civ.)	33
1- Le profil des familles concernées	34
2- Le transfert de compétence du juge aux affaires familiales au greffier en chef du tribunal de grande instance	34
B. L'action devant le juge aux affaires familiales (art. 374 al. 2)	35

1- Le contexte de la demande	35
2- La décision du juge	36
Par. 3 : Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle	37
A. L'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale	37
1-La fixation de la résidence habituelle de l'enfant	38
2- Le droit de visite et d'hébergement	38
B. La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale	38
Première partie : L'exercice de l'autorité parentale dans la famille légitime	41
Chapitre 1 : L'exercice de l'autorité parentale au moment du divorce	45
<i>Section 1 : L'exercice de l'autorité parentale dans les décisions de divorce</i>	45
Par. 1 : La demande relative à l'exercice de l'autorité parentale	45
A- L'objet de la demande	46
1-L'objet de la demande en vue du prononcé du divorce	46
2- L'objet de la demande et les mesures provisoires	46
B- L'auteur de la demande	48
Par. 2 : La décision du juge aux affaires familiales	49
A- Les mesures d'accompagnement	49
B- La confirmation du principe d'exercice en commun de l'autorité parentale dans la décision	52
1- La décision finale au regard de la demande	52
2- La décision au regard des mesures provisoires	54
3- La décision finale au regard du type de divorce	55
4- La décision finale au regard de l'âge des enfants	57
C- Les circonstances particulières justifiant un exercice unilatéral de l'autorité parentale	57
<i>Section 2 : Les modalités d'exercice en commun de l'autorité parentale lors du prononcé du divorce</i>	59
Par. 1 : Le choix de la résidence habituelle de l'enfant	60
A- La demande des parents quant à la résidence	60
1- Dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale	60
2- Dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale	63

B- La décision du juge aux affaires familiales quant à la résidence	66
1- Dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale	66
a) Modalités générales d'attribution de la résidence	66
b) Conditions particulières d'attribution de la résidence	70
2- Dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale	73
a) L'exercice unilatéral de l'autorité parentale et le sexe du parent	74
b) L'attribution de la résidence et l'accord des parents	75
Par. 2 : L'organisation des relations personnelles entre l'enfant et ses parents	76
A- L'organisation du droit de visite et d'hébergement	76
1- Le droit de visite et d'hébergement et le mode d'exercice de l'autorité parentale	76
a) Le droit de visite et d'hébergement dans le cadre de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale	77
b) Le droit de visite et d'hébergement dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale	78
2- Le droit de visite et d'hébergement et l'âge des enfants	80
B- Les aménagements particuliers des relations entre l'enfant et ses parents	82
1- L'intervention du juge aux affaires familiales dans les détails de l'organisation du droit de visite et d'hébergement	82
2- Autres aménagements	84
Chapitre 2 : L'exercice de l'autorité parentale dans l'après-divorce	87
<i>Section 1 : Le contentieux relatif au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans l'après-divorce</i>	87
Par. 1 : La mise en place de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le contentieux de l'après - divorce	88
A- Les circonstances de la demande	89
1- Le type de divorce	89
2- L'existence d'un contentieux intermédiaire	91
a) Le demandeur et l'objet de la demande du contentieux intermédiaire	91
b) La décision lors du contentieux intermédiaire	92
B- La demande relative à l'exercice de l'autorité parentale	95
1- L'exercice de l'autorité parentale avant la demande, l'auteur et l'objet de la demande	95
a) L'auteur de la demande	96

b) L'objet de la demande	97
2- La réaction du défendeur	98
a) L'accord	99
b) Les demandes reconventionnelles	100
c) Le statu quo	100
3- Les mesures d'accompagnement	102
a) L'enquête sociale	102
b) L'audition de l'enfant	103
c) L'expertise	103
4- La solution au regard de la demande	104
a) L'objet de la décision	104
b) La demande et la décision	105
Par. 2 : La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le contentieux de l'après-divorce	111
A- La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale à l'initiative des parents	112
1- Les circonstances de la demande	112
a) Le type de divorce	112
b) L'existence d'un contentieux intermédiaire	113
2- La demande relative à l'autorité parentale	114
a) La durée entre la décision de divorce et la demande	114
b) L'auteur de la demande de remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale	115
c) La réaction du défendeur	116
3- La décision du juge	117
B- La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale en l'absence d'une demande parentale	118
1- Circonstances de la remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale	118
a) Le type de divorce	118
b) Le contentieux intermédiaire	119
2- La demande	119
3- La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale	

par le juge aux affaires familiales	120
<i>Section 2 : La résidence de l'enfant et le droit de visite et d'hébergement</i>	121
Par. 1 : Le contentieux de l'après-divorce dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale	122
A- La situation antérieure à la demande	122
B- La demande	124
1- La demande de changement de résidence	125
2- La demande relative au droit de visite et d'hébergement	126
3- La réaction du défendeur	129
C- La décision du juge aux affaires familiales relative à la résidence et au droit de visite et d'hébergement	129
1- Les mesures d'accompagnement	129
2- La décision relative à la résidence de l'enfant	131
3- La décision relative au droit de visite et d'hébergement	133
Par. 2 : Le contentieux de l'après-divorce relatif au droit de visite ou à la résidence de l'enfant dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale	135
A- La demande des parents	135
1- La demande relative à la résidence	136
2- La demande relative au droit de visite et d'hébergement	137
3- La réaction du défendeur	138
B- La décision du juge aux affaires familiales	139
1- La résidence de l'enfant dans la décision	140
2- Le droit de visite et d'hébergement dans la décision du juge aux affaires familiales	141
Deuxième partie : l'exercice de l'autorité parentale dans la famille naturelle	141
Chapitre 1 : Les procédures gracieuses relatives à l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle	147
<i>Section 1 : L'acte de communauté de vie</i>	148
Par. 1 : Le profil de la famille concernée par l'établissement d'un acte de communauté de vie	148
A- L'âge des parents	149
B- La nationalité des parents	149
C- La résidence des parents	150

D- L'âge des enfants	151
E- La reconnaissance des enfants	151
Par. 2 : La procédure	152
A- L'auteur de la demande	152
B- L'information et la réaction de l'autre parent	153
C- L'attitude du juge aux affaires familiales	154
<i>Section 2 : Les déclarations conjointes d'autorité parentale (article 374 al. 2 du C.Civ.)</i>	156
Par. 1 : Le profil de la famille	157
1- L'âge des parents	157
2- La résidence des parents au moment de la déclaration	157
B- Les enfants	158
1-L'âge des enfants	159
2- La reconnaissance des enfants	160
Par. 2 : La situation des parents du point de vue de l'autorité parentale au moment de la déclaration conjointe	160
Par. 3 : Le transfert de compétence au greffier en chef du tribunal de grande instance	161
A- L'enregistrement des déclarations conjointes	162
B- La compétence du greffier en chef depuis 1995	163
Chapitre 2 : Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle	165
<i>Section 1 : La mise en place contentieuse d'un exercice en commun de l'autorité parentale</i>	166
Par. 1 : Les familles concernées	166
A- Les parents	166
1-La résidence des parents	166
2- L'âge des parents	168
B- Les enfants	169
1- L'âge des enfants au moment de la décision	169
2- Le nombre d'enfants dans la famille naturelle	169
3- La reconnaissance des enfants	170
Par. 2 : Les demandes	170

A- La situation antérieure à la demande	170
B- L’auteur de la demande	172
C- La réaction du défendeur	173
Par. 3 : La décision du juge	174
A- Les moyens d’investigation du juge	175
B- La mise en place de l’exercice en commun de l’autorité parentale	175
1- La décision du juge relative à l’exercice de l’autorité parentale	176
2- Les modalités de l’exercice en commun de l’autorité parentale	178
a) La résidence de l’enfant selon son âge	178
b) Le sort des demandes d’exercice en commun de l’autorité parentale avec résidence chez le père	179
c) Le droit de visite et d’hébergement en fonction de l’âge de l’enfant	181
<i>Section 2 : Le contentieux dans le cadre de l’exercice en commun de l’autorité parentale</i>	182
Par. 1 : Les circonstances de la demande	182
A- Les familles concernées	183
1- Les parents	183
a) L’âge des parents	183
b) La résidence des parents	183
2- Les enfants	184
a) L’âge des enfants	184
b) Le nombre d’enfants dans la famille naturelle	184
c) La reconnaissance des enfants	185
B- La situation antérieure à la demande	185
1- L’origine de l’exercice en commun de l’autorité parentale	185
2- La résidence de l’enfant avant la décision	186
Par. 2 : La demande	186
A- L’auteur de la demande	187
B- L’objet de la demande	187
1- L’aménagement de l’exercice en commun de l’autorité parentale après la séparation des parents	189
2- La remise en cause de l’exercice en commun de l’autorité parentale ou de ses modalités	191

C- La réaction du défendeur	193
Par. 3 : La décision du juge	195
A- Les moyens d'investigation du juge	195
B- Le maintien ou le retrait de l'exercice en commun	196
C- La résidence principale de l'enfant après la décision	198
D- Le droit de visite et d'hébergement selon l'âge de l'enfant	199
Troisième partie : La résidence de l'enfant	203
Par. 1 : La demande des parents quant à la résidence	205
A- L'accord des parents à propos de la résidence de l'enfant	205
B- La demande de résidence et le sexe du parent	206
Par. 2 : L'attribution de la résidence	207
A- L'attribution de la résidence et le sexe du parent hébergeant	208
B. L'attribution de la résidence et l'âge de l'enfant	209
Par. 3 : L'évolution de la résidence	210
A- La demande de résidence des pères et le type de contentieux	210
B- La demande par un parent de la résidence de l'enfant chez l'autre	211
C- La réaction du défendeur et le type de contentieux	212
Conclusion	213
Table des matières	216