

La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques (1)

Laurent Gebler, Vice-président du tribunal de grande instance de Libourne, juge aux affaires familiales

Ainsi que le souligne justement la défenseure des enfants dans son rapport 2008, l'exercice conjoint de l'autorité parentale se relève parfois difficilement de la séparation du couple à laquelle il est censé survivre.

Le cabinet du juge aux affaires familiales est le réceptacle quotidien des difficultés pratiques d'application du principe de coparentalité dès lors que les parents n'ont pas pris toute la mesure de sa portée, tantôt par simple ignorance ou négligence, tantôt par intention de nuire à l'autre parent.

L'ignorance devrait pouvoir être palliée par la vigilance du juge, des avocats et des administrations. Force est de constater que, par manque de temps, de rigueur ou de volonté, l'attention des parents n'est pas toujours attirée par les institutions qu'ils côtoient au quotidien sur les enjeux de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

Pire, certaines administrations mettent en oeuvre parfois à l'intention de leurs usagers des pratiques contraires à la loi, ou pour le moins à l'esprit de la loi lorsque celle-ci doit être interprétée.

Quant à l'intention de nuire, que le juriste qualifierait volontiers en l'espèce d'abus de droit, il est très difficile de la prévenir, dans la mesure où l'autorité parentale est une notion cadre - comme l'intérêt de l'enfant par exemple - qui ne peut être réglementée dans tous les aspects de son exercice au quotidien. Même la notice la plus explicite jointe à la décision rendue par le juge aux affaires familiales ne peut appréhender tous les cas de figure, toutes les situations de la vie quotidienne susceptibles de générer le conflit.

Lorsque l'intention de nuire ou l'abus manifeste de droit sont caractérisés de la part de l'un des parents, la sanction ne peut le plus souvent intervenir qu'*a posteriori*, et encore... Certes, le juge peut fonder une décision sur le critère de « l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre » (2), et sanctionner ainsi le parent fautif en prononçant une décision favorable à l'autre, tel le transfert de résidence. Encore faut-il qu'une telle décision soit conforme à l'intérêt de l'enfant ; ce qui n'est pas toujours le cas.

Et puis, disons-le aussi, certains parents séparés qui n'ont pas la résidence habituelle de leur enfant ne cherchent pas à exercer leurs droits, soit par crainte ou lassitude du conflit avec l'autre parent, soit par désintérêt, soit par simple faiblesse de caractère. L'exemple le plus courant est celui du parent non « gardien » qui ne prend jamais contact avec l'établissement scolaire et qui reproche à l'autre parent de ne pas lui adresser le double des bulletins de l'enfant. Comment s'étonner alors que, par un phénomène bien connu de vases communicants, ce dernier s'arroge certains droits excédant ses prérogatives ?

Reste dans tous les cas l'outil de la médiation familiale, qui peut contribuer à la fois à déplacer le conflit sur d'autres terrains que celui de la revendication autour de la personne de l'enfant, et à permettre aux parents d'élaborer un mode de fonctionnement au quotidien qui privilégie notamment l'instauration d'un mode de communication plus adapté.

Et là encore, le médiateur n'est débiteur que d'une obligation de moyen et non de résultat...

Pour en revenir aux difficultés pratiques d'exercice de la coparentalité, force est de constater

qu'elles ne fondent que très rarement la saisine du juge.

Alors que l'ancien article 372-1-1 du code civil prévoyait explicitement la possibilité pour les parents de saisir le juge aux affaires familiales afin qu'il soit statué sur un différend relatif à l'exercice de l'autorité parentale, l'article 373-2-8 issu de la loi du 4 mars 2002, beaucoup plus général dans sa rédaction, prévoit seulement que le juge peut être saisi pour « statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ».

En cinq années d'exercice en qualité de juge aux affaires familiales, le nombre de saisines fondées exclusivement sur un différend en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale se compte sur les doigts d'une main.

En revanche, la question surgit très fréquemment à l'occasion des débats en matière de contribution à l'entretien des enfants, de fixation de résidence ou des droits de visite, l'un des parents se plaignant d'être tenu à l'écart des décisions prises par l'autre concernant l'enfant.

Deux domaines semblent cristalliser les conflits et mériter un détour : celui de l'école et celui de l'établissement des documents administratifs.

L'Ecole tout d'abord

Très récemment encore, un père m'a saisi à la suite du départ brutal de sa compagne, partie avec l'enfant du couple, âgée de 7 ans, pour rejoindre sa famille dans un département limitrophe. Il est ressorti des débats que la mère avait pu, sans difficulté aucune, en plein milieu d'année scolaire, obtenir de l'école primaire d'origine un certificat de radiation et réinscrire l'enfant dans l'école de son nouveau domicile.

Certes, l'article 372-2 du code civil dispose qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ».

Doit-on considérer que l'inscription dans un établissement scolaire ou la radiation de l'enfant constitue un acte usuel de l'autorité parentale, c'est-à-dire, pour reprendre la définition la plus couramment admise, un acte qui ne fait pas rupture avec le passé et qui n'engage pas l'avenir ?

La réponse ne peut être binaire : il ne saurait, par exemple, être fait obstacle à la décision d'un parent muni d'une décision fixant chez lui la résidence principale de l'enfant de l'inscrire à l'école publique de son domicile, s'agissant en l'espèce d'un acte usuel de l'autorité parentale.

En revanche, dès lors qu'aucune décision de justice ne régit la situation de l'enfant, la prudence devrait être de mise, surtout s'agissant d'un couple non marié. Il suffirait alors à l'école de solliciter de façon systématique la production d'un acte de naissance de l'enfant : si celui-ci a été reconnu par ses deux parents dans l'année de sa naissance, l'autorité parentale est nécessairement conjointe.

En l'espèce, l'école d'origine, saisie par la mère seule d'une demande de certificat de radiation en plein milieu d'année scolaire, sachant que l'enfant a un père codétenteur de l'autorité parentale, ne pouvait faire l'économie de vérifier le consentement de ce dernier à une telle démarche non usuelle.

De même, l'école d'accueil était légalement tenue pour le moins de demander à la mère de produire une décision judiciaire fixant à son domicile la résidence de l'enfant et, à défaut, de solliciter l'accord du père qui apparaît sur l'acte de naissance.

En négligeant de procéder à des vérifications minimales, et en se réfugiant à tort derrière les dispositions de l'article 372-2 du code civil, l'Éducation nationale s'est en l'occurrence rendue complice d'un déplacement illicite d'enfant.

D'autres décisions en matière de scolarité doivent être considérées comme non usuelles, exigeant de ce fait l'accord des deux parents.

Il s'agit notamment des décisions prises en matière d'orientation scolaire, dès lors qu'elles impliquent une modification dans la trajectoire scolaire de l'enfant : redoublement, « saut » de classe, orientation vers une voie professionnelle ou spécialisée, vers un établissement à caractère confessionnel...

En revanche, les autres décisions et autorisations afférentes à la vie scolaire doivent pouvoir être prises par un seul parent agissant pour le compte des deux, dès lors bien entendu qu'aucun indice ne laisse à penser qu'un désaccord pourrait exister : inscription à la cantine, voyage scolaire, autorisation d'absence, inscription à l'aide aux devoirs ou au soutien scolaire...

Quant à l'envoi des bulletins scolaires, convocations aux réunions avec les enseignants, élection des parents d'élèves, les directives de l'Éducation nationale prescrivent régulièrement aux établissements de les adresser systématiquement aux deux parents lorsque ceux-ci vivent séparément (3), sans qu'il y ait lieu d'exiger que les informations destinées au parent non « gardien » soient subordonnées à une demande expresse de sa part ou doivent transiter par le parent chez lequel l'enfant réside habituellement.

Les doléances exprimées par les parents dans le cabinet du juge aux affaires familiales démontrent que cette prescription pourtant simple à mettre en oeuvre est loin d'être respectée par tous les établissements scolaires.

Les documents administratifs

En la matière, c'est la question récurrente devant le juge aux affaires familiales de l'établissement des pièces d'identité, autorisations de sortie du territoire et passeports pour les enfants qui fait le plus souvent débat.

En général, l'enjeu réside dans la crainte par l'un des parents de voir l'autre partir à l'étranger avec l'enfant, soit qu'il redoute le non-retour de celui-ci à l'issue du séjour, soit que les conditions d'accueil ne lui paraissent pas favorables. C'est notamment le cas lorsque l'un des parents est de nationalité ou d'origine étrangère, hors Communauté européenne. L'autre parent entend alors pouvoir contrôler les déplacements de l'enfant à l'étranger, en rendant son accord préalable nécessaire.

Un bref rappel préalable du régime applicable à la matière peut s'avérer utile (4), étant toutefois précisé que l'avant-projet de loi relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers prévoit d'importantes modifications de la matière (V. encadrés *infra* p. 153).

En l'état actuel de notre législation, un mineur ne peut quitter le territoire français sans y avoir été au préalable autorisé par l'un **ou** l'autre des codétenteurs de l'exercice de l'autorité parentale.

S'il voyage seul, il doit être muni d'un passeport personnel. Il n'est plus possible désormais d'inscrire un enfant sur le passeport de ses parents. Toutefois les anciens passeports parentaux portant inscription de l'enfant demeurent valables (sauf pour les USA) jusqu'à leur expiration (cinq ans). Dès lors que l'enfant dispose d'un passeport personnel, ce document est suffisant pour lui permettre de sortir du territoire national. L'établissement de ce passeport personnel n'exige pas le consentement des deux parents, chacun étant réputé agir avec l'accord de l'autre. Cependant, si un parent apprend que l'autre a l'intention de faire établir un passeport pour l'enfant et qu'il s'y oppose, il a la possibilité d'en aviser la préfecture (service de délivrance des passeports). Son opposition justifiée produira ses effets pendant un an et fera obstacle à la délivrance du passeport pour l'enfant. Ce délai permettra, le cas échéant, au parent opposant d'obtenir une décision judiciaire sur le fondement de l'article 373-2-6 du code civil (*infra*).

Si le passeport de l'enfant a déjà été délivré, cette dernière démarche, exercée au besoin en référé, est le seul moyen de subordonner le départ de l'enfant hors du territoire au consentement de ses deux parents.

Dans la plupart des États européens, l'enfant peut aussi voyager sans passeport, muni de sa carte d'identité. Mais s'il voyage sans être accompagné d'un détenteur de l'autorité parentale pouvant justifier de cette qualité, il doit être en outre muni d'une autorisation de sortie du territoire. Celle-ci est délivrée par la mairie du domicile du parent cotitulaire de l'autorité parentale qui entend délivrer cette autorisation, l'accord de l'autre parent étant là encore présumé, en l'état actuel du droit. Si ce dernier a préalablement manifesté son opposition auprès de la préfecture, cette opposition fera obstacle à la délivrance d'une autorisation de sortie du territoire.

Il peut sembler surprenant que la délivrance d'un passeport ou d'une autorisation de sortie du territoire, acte dont la portée peut être significative au regard de ses conséquences possibles, ne soit pas soumise à la double autorisation des détenteurs de l'autorité parentale, au même titre qu'une autorisation aux fins d'opération chirurgicale ou de changement d'orientation scolaire.

Elle peut toutefois s'expliquer par la nécessité de ne pas entraver abusivement et durablement la circulation d'un mineur à l'étranger, notamment lorsqu'il part en vacances avec l'un de ses parents. Permettre à l'un des parents de disposer d'un droit de veto sur l'organisation des déplacements de l'enfant avec l'autre pourrait être considéré comme abusif, et ce d'autant plus qu'il s'agit souvent d'un moyen pour l'enfant de conserver des liens avec une partie de sa famille élargie résidant à l'étranger. Si l'avant-projet de loi, qui prévoit de soumettre désormais la délivrance du passeport ou de la carte d'identité au double accord parental, se concrétise (encadré ci-après), il appartiendra alors au juge aux affaires familiales de statuer le cas échéant sur le caractère abusif ou non du refus de l'autre parent.

Modification du mode de délivrance des titres d'identité

Mettant en avant les conséquences graves que la délivrance des titres d'identité ou de voyage peut engendrer si l'enfant quitte le territoire national à l'insu de l'un de ses parents, l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers prévoit de subordonner sa délivrance à l'accord des deux parents. Un article 372-3 serait inséré après l'article 372-2 du code civil :

« La délivrance d'un titre d'identité ou de voyage requiert l'autorisation des deux parents ».

La crainte d'un non-retour de l'enfant doit être relativisée eu égard aux procédures de plus en plus efficaces issues de la convention de La Haye du 25 octobre 1980, du Règlement communautaire dit « Bruxelles II bis » et des accords bilatéraux, notamment entre la France et les pays du Maghreb. Elle doit en tout cas être mise en balance avec les inconvénients sérieux que pourrait générer l'exigence systématique d'un double consentement parental.

Certaines procédures conservatoires ou d'urgence peuvent néanmoins permettre de prévenir un risque avéré d'enlèvement de l'enfant par l'un des parents.

C'est ainsi qu'une opposition à sortie du territoire peut être déposée en préfecture ou auprès d'un commissariat en cas d'urgence. Valable sept jours, cette opposition mentionne l'identité de l'enfant et du parent susceptible de quitter le territoire avec lui, ainsi que les postes-frontières susceptibles d'être concernés. Leurs noms sont immédiatement portés au fichier automatisé des personnes recherchées auquel ont accès les services de police et de gendarmerie. Cette mesure d'opposition en urgence est automatiquement radiée du fichier à expiration du délai de 7 jours si elle n'est pas transformée en opposition provisoire ou permanente.

La mesure d'opposition conservatoire permet à l'un des parents exerçant l'autorité parentale de faire opposition sans délai à la sortie de France de son enfant, en attendant de pouvoir

justifier de ses droits ou d'obtenir une décision de justice interdisant le départ de l'enfant sans son consentement. La mesure d'opposition conservatoire pourra alors être transformée en mesure d'opposition de longue durée valable un an, et renouvelable d'année en année.

Cette opposition de longue durée intervient dès lors que le droit à opposition est établi ou encore en application de la loi (autorité parentale exclusive) ou d'une décision judiciaire sur le fondement de l'article 373-2-6 du code civil.

NB : Le mécanisme prévu par l'avant-projet de loi (V. encadré ci-après) remanie profondément la matière en soumettant toute interdiction urgente à caractère conservatoire à une décision du procureur de la République, et toute interdiction ou restriction durable à un jugement du juge aux affaires familiales.

Si les juges aux affaires familiales sont régulièrement saisis de requêtes en ce sens, l'accueil favorable de cette sollicitation est, pour les motifs précédemment énoncés, loin d'être systématique. Il ne saurait en tout cas s'agir d'une clause de style sur les jugements de divorce ou les décisions statuant sur l'exercice de l'autorité parentale chaque fois que l'un des parents est d'origine ou de nationalité étrangère. Le parent qui sollicite cette mesure exceptionnelle doit justifier d'un risque sérieux d'enlèvement de l'enfant par l'autre parent (précédentes tentatives, menaces réitérées, absence de toute attache de l'autre parent sur le territoire français...).

En outre, la portée de cette décision doit être relativisée.

D'une part, la stricte interprétation de l'article 373-2-6 du code civil, qui permet au juge d'ordonner l'inscription de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français *sur le passeport des parents*, est susceptible de vider le texte de sa substance dès lors que, ainsi que rappelé ci-dessus, les enfants mineurs doivent désormais disposer d'un passeport personnel et ne pourront plus être inscrits sur ceux de leurs parents à l'expiration de leur période de validité de cinq ans. En conséquence, et sous réserve de la modification prévue de la loi ou d'une interprétation large du texte actuel par les magistrats, le dispositif de l'article 373-2-6 dans sa rédaction actuelle ne s'applique pas à tous les nouveaux passeports délivrés aux enfants à titre personnel. L'inscription ne peut être ordonnée que sur les passeports parentaux incluant les enfants et en cours de validité.

D'autre part, elle ne permet l'inscription que *sur le passeport d'un enfant ou d'un parent français*. Si l'autre parent est de nationalité étrangère, et que l'enfant possède la double nationalité, il pourra toujours se faire délivrer un passeport pour lui-même et pour son enfant auprès de son pays d'origine. Les autorités françaises ne peuvent empêcher un consulat ou une ambassade d'un autre pays de délivrer un titre de voyage à un ressortissant français qui possède également la nationalité de ce pays. Il appartient alors au parent opposant de demander - décision judiciaire à l'appui - de ne pas délivrer de passeport à l'enfant et de ne pas permettre son inscription sur celui de l'autre parent.

En prévoyant que les interdictions provisoires ou durables de sortie du territoire seront désormais inscrites systématiquement sur le fichier des personnes recherchées et non plus sur les passeports, l'avant-projet de loi simplifie considérablement le dispositif (V. encadré ci-après).

En tout état de cause, la perméabilité des frontières, notamment au sein de l'espace Schengen, ne permet pas toujours d'exercer un contrôle suffisant aux frontières. Les documents remis au parent opposant mentionnent systématiquement l'absence de garantie d'une exécution certaine des oppositions à sortie du territoire.

Clarification du mécanisme d'interdiction de sortie du territoire français de l'enfant
L'inscription de la mesure d'interdiction sur le passeport de l'un des parents étant privée de toute effectivité depuis que le mineur doit avoir son propre passeport, l'avant-projet de loi relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers prévoit de modifier l'alinéa 3 de l'article

373-2-6. Le juge aux affaires familiales pourra ordonner une mesure d'interdiction générale de sortie du territoire du mineur sans l'autorisation des deux parents pour une durée maximale de deux ans :

« Il peut également ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. La durée de cette mesure doit être déterminée par le juge et ne saurait excéder deux ans. Elle est inscrite au fichier des personnes recherchées à l'initiative du parent le plus diligent ».

Par ailleurs, en cas d'urgence, un nouveau mécanisme permettrait au parent qui craint un déplacement imminent de son enfant de saisir le procureur de la République afin que celui-ci puisse faire inscrire, sans délai, une mesure d'interdiction provisoire de sortie du territoire au fichier des personnes recherchées et saisir parallèlement le Jaf. Un quatrième alinéa serait ajouté à l'article 373-2-6 :

« En cas d'urgence, le procureur de la République peut ordonner à titre provisoire l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. Il fait inscrire sans délai cette mesure au fichier des personnes recherchées. Il saisit dans les trois jours le juge aux affaires familiales afin que celui-ci statue sur le fondement des dispositions de l'alinéa précédent. Le juge se prononce dans le délai d'un mois à compter de sa saisine, faute de quoi la mesure ordonnée à titre provisoire par le procureur de la République est caduque. La décision du juge est communiquée sans délai au procureur de la République, qui fait radier l'interdiction ordonnée à titre provisoire et, le cas échéant, inscrire l'interdiction ordonnée par le juge ».

D'autres litiges relatifs à l'exercice de l'autorité parentale que ceux afférents à l'école et aux sorties du territoire pourraient fonder la saisine du juge, qu'il s'agisse d'une question religieuse, médicale, voire relative aux loisirs de l'enfant : Jéhovah ou Vishnou ? Chirurgie ou homéopathie ? Cheval ou karaté ?

Plus fréquemment, les débats animés dans le cabinet du juge portent sur des questions existentielles telles que : 16 h 30 ou 17 h ? Fête des mères chez le père et fête des pères chez la mère ? Remise de l'enfant devant le commissariat ou devant la mairie ?

La coparentalité reste pourtant une belle idée dans un monde peuplé de parents intelligents, d'enfants psychologiquement solides et... de juges confiants dans leur mission pacificatrice !

Mots clés :

AUTORITE PARENTALE * Exercice * Exercice en commun * Parents séparés * Aspect pratique * Ecole

(1) L'AJ famille, dans son n° 4/2009, a consacré un dossier à la « Coparentalité », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Inès Gallmeister, Le principe de coparentalité, p. 148 ;
- Fiche pratique : Laurent Gebler, Conflits autour de l'autorité parentale : juge compétent et modalités procédurales, p. 154 ;
- Isabelle Corpart, Les dysfonctionnements de la coparentalité, p. 155 ;
- Sylvie Cadolle, Arrangements et conflits autour de l'entretien de l'enfant en résidence alternée, p. 162 ;
- Valérie Avena-Robardet, Résidence alternée : partage de la charge des enfants, p. 165 ;
- De nouveaux outils juridiques pour s'adapter à la sociologie des familles, Interview de

Dominique Versini, p. 165 ;

- Mireille Lasbats, Protection de l'enfant dans les séparations conflictuelles, p. 167 .

(2) C. civ., art. 373-2-11, 3°.

(3) Note ministérielle du 13 oct. 1999 (BO n° 38 du 28 oct. 1999 - www.eduscol.education.fr).

(4) Sources : site Internet du ministère des Affaires étrangères (www.diplomatie.gouv.fr).

AJ Famille © Editions Dalloz 2009