

D'APRES UN TEXTE DE 1970 TRADUIT PAR YVES LOYER SUR LE DISPOSITIF CALIFORNIEN EN MATIERE D'AUTORITE PARENTALE RENDUE CONJOINTE ET FIXATION DE L'ENFANT CHEZ LE PARENT LE PLUS CONCILIANTE...

#### POLITIQUE GENERALE ET OBJECTIFS

Etablir un guide, un but et une préférence à l'intention des parents se séparant.

Rendre moins probables des décisions d'hébergement unilatéral.

Avertir ou retenir les parents qui recherchent l'hébergement unilatéral par vengeance, pression, extorsion, ou troubles de nature psychologique

Depuis la législation du divorce en consentement mutuel, l'impression générale est que le terrain du conflit conjugo-parental se déplace subtilement des accusations personnelles vers des batailles pour la "garde" et le droit de visite, compliquant plutôt que résolvant la procédure de divorce ou de séparation.

Les textes n'apportent aucune restriction au pouvoir discrétionnaire du juge chargé des affaires, sauf une prise en considération préférentielle de l'autorité parentale conjointe avant toute décision d'autorité parentale unilatérale.

La légalisation de l'autorité parentale conjointe, prévoyait initialement des contraintes de motivation, demandant aux parents de s'accorder, voire même de s'entendre sur tous les choix relatifs à l'organisation des vies de leurs enfants. A défaut de cet accord, les juges optaient pour le choix d'une "garde" unilatérale, monoparentale, plutôt que de faire de la "garde conjointe" une solution préférentielle.

La motivation du refus de la garde conjointe par l'un des parents, souvent la mère, suffisait au magistrat pour repousser la solution de la "garde" conjointe demandée par l'autre.

Au cas les deux parents la demandaient, le juge y consentait.

Lorsqu'un seul des parents la demandait, sa demande était mise en échec par le seul refus de l'autre parent.

La pression législative a fait adopter le principe de l'autorité parentale conjointe indépendamment de l'accord ou du désaccord des parents, pratiquement dans tous les cas.

Le juge doit, dans certaines situations, motiver une attribution de l'autorité parentale unilatérale, alors qu'auparavant, il devait motiver l'attribution de l'autorité parentale conjointe.

Le juge a donc abandonné l'idée que l'autorité parentale conjointe soit interdite à des parents qui se méseignent, pensant que l'autorité parentale ne doit pas constituer en elle-même un sujet supplémentaire de conflit entre les parents.

Le pouvoir discrétionnaire des Tribunaux et des juges à l'égard de l'attribution de l'autorité parentale et des dispositifs qui en découlent n'a cessé de se renforcer sous la pression de la législature qui considère et déclare que la politique publique est d'assurer aux enfants mineurs des contacts fréquents avec chacun des deux parents après leur séparation ou la dissolution de leur mariage.

Mais aucun guide d'information sur la loi n'a été publié pour assurer aux enfants mineurs que les mœurs de notre société fondent le droit de l'enfant à préserver des liens et des contacts fréquents et prolongés avec chacun de ses deux parents, et il existe de nombreuses professions, y compris encore quelques juges et quelques avocats, qui prétendent que l'enfant peut être amputé sans risque d'un de ses deux parents.

Par quelques phrases bien frappées, les contacts de l'enfant avec ses deux parents, supposent une obligation de proximité de résidence des deux parents et, de ce fait, crée une condition de proximité de résidence pour l'octroi d'une autorité parentale conjointe. Il a pourtant été observé que la proximité physique des parents n'est pas essentielle pour l'autorité parentale conjointe, en raison des moyens modernes de transport, et que des contacts fréquents et prolongés de l'enfant avec ses deux parents constituent un objectif valable, excluant les malentendus que pourraient provoquer une autre expression telle que contacts intimes ou personnels.

Le souci d'équité a été une motivation importante dans l'élaboration de la législation sur la "garde conjointe". En conséquence, l'égalité de responsabilités et de contacts de chaque parent avec l'enfant a été la préoccupation initiale des promoteurs.

Néanmoins, ceux-ci n'ont pas hésité à obscurcir ou compromettre ce concept humaniste en cherchant à définir avec précision une allocation dans le temps, du droit de contact de l'enfant avec ses deux parents. Cela a été remis au pouvoir discrétionnaire des juges chargés de trancher sur des notions de droit de visite et d'hébergement et de répartir entre chaque parent les temps relatifs à ses exercices de responsabilités.

Bien qu'un équilibre des contacts soit encouragé par la nouvelle loi, la condition limitative d'égalité de droit entre les parents a été renforcée ; les parents sont soumis à des dispositifs qui les encouragent à rechercher dans les voies de procédures, à ne pas rester attentifs à l'égalité des droits voulue par le législateur. Le manque de flexibilité des dispositifs relatifs à l'organisation des accueils et hébergement de l'enfant dans les domiciles et vies personnelles de ses deux parents, permet aux parents d'échapper aux rigidités de l'égalité des droits, chacun d'eux usant de moyens procéduriers pour démontrer qu'il peut offrir plus de disponibilité ou plus de temps que l'autre. C'est à celui qui aura l'enfant chez lui le plus de temps.

Encourager les parents à partager les responsabilités de l'éducation, de la santé, de la moralité des enfants, devrait être l'objectif d'une politique sur la famille.

L'encouragement à l'exercice conjoint des responsabilités parentales, résulte desir promoteurs de la médiation familiale et ont mobilisé l'attention des juges, sur la différence fondamentale qui existe entre l'application des principes de l'autorité parentale conjointe et l'exercice des responsabilités qui en découlent. Les praticiens médiateurs familiaux consacrent de longues heures aux parents pour les aider à régler les problèmes d'organisation sur les questions d'accueil et d'hébergement des enfants. Les juges consacrent quelques instants à fixer le cadre de l'autorité parentale prévu par le législateur, lequel encourage les parents divorçants ou se séparant à opter pour un équilibrage de leurs responsabilités, mais cet encouragement est brisé lorsque le juge use de son pouvoir discrétionnaire pour affecter la résidence de l'enfant au domicile d'un seul parent.

II

Le législateur n'a pas prévu que l'enfant a deux parents, donc deux domiciles, et il s'est contenté d'énoncer un principe d'égalité des droits, sans permettre sa juste mise en application. La raison est inconnue.

La combinaison du divorce sans faute ou en torts partagés et les solutions prises pour la répartition égale des biens communs a diminué l'étalage devant les tribunaux, des fautes et des raisons justificatives des répartitions inégales. Les fautes et les injures sont encore invoquées, mais à un moindre degré. De même, que pour les raisons d'accorder aux deux parents une autorité parentale conjointe, il est espéré que la pratique judiciaire reflétera l'esprit et l'intention des lois, et qu'il n'existe aucune raison scientifique pour dicter qu'un enfant soit mis à la charge d'un seul de ses deux parents.

Dans tout litige où l'hébergement d'un enfant est en jeu, le juge peut, en cours de procédure ou à tout moment, orienter les deux parents vers une structure de médiation familiale pour travailler sur ce point délicat.

Les défenseurs de l'exercice conjoint des responsabilités parentales, énoncent que l'objectif le plus souhaitable et le moins traumatisant pour les enfants consiste à placer la résidence alternée comme première préférence, en tête des autres solutions. Une version intermédiaire pourrait préciser que l'hébergement principal ou la résidence principale de l'enfant soit fixée chez celui des deux parents qui paraît le plus apte à faciliter les contacts entre l'enfant et le parent qui ne l'héberge pas à titre principal.

Le juge, en cas d'hébergement unilatéral, devrait prendre en considération le point de savoir quel est celui des deux parents qui paraît le plus apte à faciliter les contacts entre l'enfant et son autre parent non. S'il s'agit de diminuer le nombre de divorces conflictuels, l'idée est qu'un parent qui doit intégrer le principe de l'autorité parentale conjointe doit aussi montrer qu'il est disposé à tolérer l'autre parent dans une telle organisation, avec une propension moindre à l'agression, aux procédures, qu'il ait ou non un plaideur moins efficace.

Les classiques décisions de justice incitent les deux parents à une compétition pour l'hébergement de leurs enfants. Une préférence pour la résidence alternée présenterait une meilleure garantie de protection égale et légale des rôles parentaux. D'où la prise en considération du parent qui paraît le plus apte à permettre les contacts de l'enfant avec l'autre parent.

C'est avec l'aide de la médiation, et du résultat obtenu lors de ce processus, que les juges pourront également demander des projets préalables comme moyen de déterminer à quel point les parents se montrent coopératifs ou susceptibles de le devenir, et lequel des deux est vraisemblablement le plus apte à faciliter les contacts fréquents et prolongés de l'enfant avec l'autre parent.

Du fait, puisque la non-coopération risque de faire perdre l'hébergement de l'enfant, la demande du juge d'obtenir un projet parental préalable a des chances de pousser à la coopération, ne serait-ce que par crainte des conséquences.

Cette précaution de coopération, comme critère caractéristique dans le choix de l'hébergement unilatéral, lorsque ne prévaut pas la résidence alternée relève de la simple sagesse. III

En réponse aux querelles et aux dissensions qui résultent de la prépondérance d'un parent, inhérente à l'hébergement unilatéral, pourrait inspirer davantage de démonstrations de tolérance entre les parents et d'offres de garanties de la protection de l'enfant par ses deux parents.

D'autres éléments de considération sont dignes d'importance, et la démonstration de tolérance d'un ou des deux parents devrait être celle de ne pas donner de préférence à un parent en raison du sexe.

Il devrait devenir de coutume que les parents présentent un projet l'exercice d'une autorité parentale conjointe. Or les décisions d'organisation sont laissées à la discrétion du parent principal hébergeant, fréquemment au grand dam du parent exclu. Il en résulte des disputes et des recours.

- a) l'éducation de l'enfant
- b) la routine quotidienne
- c) les rapports avec les camarades
- d) l'éducation religieuse
- e) les autres activités.

En raison des différences d'opinion que la plupart des couples éprouvent en cas de divorce, cette liste représente des sujets de discorde et de provocations que le couple sème dans ses procédures, le consensus complet ne pouvant pas se révéler, chaque parent veut résoudre ces questions pendant la période où il a l'enfant en charge.

Le fait que pour le juge, ces sujets ne soient pas déterminants pour la décision de l'hébergement principal, si les parents en cours de divorce ou de séparation ne prévoient pas des moyens de se mettre d'accord, ils sont privés de leur capacité de décision par des moyens d'investigation tels que l'enquête sociale ou même l'expertise psychologique ou psychiatrique. Ces moyens d'appréciation éliminent une solution consensuelle de résidence de l'enfant qui serait rendue possible, mais que les parents s'interdisent en attendant la décision du juge.

En raison des demandes de renseignements demandés par le juge, le dispositif qui génère le conflit est maintenu, comme perspective profitable à l'enfant et à ses parents dans un environnement stable et sain, alors qu'il n'est rien de cela, et celui des deux parents qui est investi du droit d'hébergement provisoire s'empare de ce dispositif en sa faveur pour transformer le provisoire en définitif.

Ce qui est contraire à l'esprit de la loi et contraire au principe de l'autorité parentale conjointe.

Devant le juge, au moment de l'audience, la tension et l'émotion sont fréquemment chargés d'un haut niveau de ressentiments et d'espoirs. La voix de l'autorité doit être maniée avec prudence et n'élaborer de contraintes que pour faire éclore un accord d'autorité parentale conjointe dans sa réalité. La disposition qui donnera probablement au juriste les plus grandes chances, ne sont pas d'évaluer les chances et les possibilités d'un appel de la décision du juge si l'un des parents devait être mécontent.

L'intention de la loi n'est-elle pas de diminuer les antagonismes et l'incitation aux appels. Ce qui est espéré en appel comme unique recours pour clarifier les malentendus, n'aboutit jamais à la satisfaction de toutes les parties.

En outre, un point important est que le parent hébergeant principal assume toutes les responsabilités de la conduite de l'enfant,

et le manque de relation éducative fréquente et prolongée de l'autre parent le prive de ce qui pourrait lui permettre d'exercer son influence pour éviter à l'enfant les problèmes légaux qui résultent de la délinquance.

Un seul parent, les deux parents, ou le juge, peuvent agir pour modifier ou mettre fin au dispositif initial, mais le critère décisif, dans tous les cas, est l'intérêt de l'enfant. Or il est fréquent qu'un parent exclu accumule une réserve de critiques ou de plaintes relatives à des violations de l'intérêt de l'enfant par l'autre parent. Le résultat global risque de ne pas favoriser une amélioration de la conduite parentale par rapport aux familles conventionnelles.

Rien ne permet d'affirmer que l'intérêt de l'enfant est mieux servi en tenant l'enfant à l'écart du conflit en lui imposant l'unicité avec un seul parent plutôt que la diversité. En étiquetant un parent comme visiteur et l'autre comme gardien.

Les interprétations de "l'intérêt de l'enfant" mettent l'accent sur les habitudes, la discipline, mais aussi l'isolement d'un parent plutôt que sur la tolérance, l'arrangement et le pardon. Ce dernier trio est sans doute plus important pour préparer un enfant à vivre dans un monde changeant et peuplé de diversités changeantes. Des vues plus nouvelles et originales que par le passé sont souhaitables en matière d'intérêt de l'enfant.