

LA NOTION D'ENFANT A CHARGE EFFECTIVE ET PERMANENTE

Mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de :

Maîtrise de droit privé

Faculté de Droit de La Rochelle

1998 – 2000

Sous la direction de Madame Marie Luce BERNARD
Maître de Conférences
Faculté de Droit
Université de La Rochelle
Date septembre 2000

Sommaire :

INTRODUCTION.....	4
PARTIE 1 : LES ORIGINES JURIDIQUES ET LES CARACTERISTIQUES DE LA NOTION D'ENFANT A CHARGE EFFECTIVE ET PERMANENTE	8
Titre 1 : Les fondements juridiques.....	8
Chapitre 1 : La notion d'enfant	8
Section 1 : La filiation	8
§ 1 - Distinctions fondées à raison du sexe des parents de l'enfant	9
§ 2 - Distinctions fondées à raison du statut familial de l'enfant	10
Section 2 : Le mineur.....	12
Chapitre 2 : La notion de charge	12
Section 1 : Un peu d'histoire : l'autorité parentale et son exercice depuis la loi du 8 janvier 1993.....	12
Section 2 : Autorité parentale et exercice de l'autorité parentale	14
§ 1 - Parents mariés ou divorcés.....	15
§ 2 - Parents non mariés	15
§ 3 - Précisions sur l'exercice de l'autorité parentale	15
§ 4 - Exercice et résidence	16
§ 5 - Le droit français en la matière et son environnement international.....	16
§ 6 - Distinctions fondées à raison du sexe des parents de l'enfant	16
§ 7 - Distinctions fondées à raison du statut familial de l'enfant	17
Section 3 : Le droit et le devoir de surveillance.....	18
Section 4 : Le devoir d'entretien	18
§ 1 - Le fondement législatif du devoir d'entretien.....	18
§ 2 - Distinctions fondées à raison du sexe des parents de l'enfant	19
§ 3 - L'obligation d'entretien des jeunes majeurs.....	19
§ 4 - Le devoir d'entretien dans la lignée familiale.....	19
Chapitre 3 : La notion d'effectivité	20
Chapitre 4 : La notion de permanence	21
Titre 2 : Les interprétations de la notion de charge.....	22
Chapitre 1 : La lettre du texte	22
Section 1 : Législation civile	22
§ 1 - La responsabilité des parents	22
§ 2 - La responsabilité des tiers.....	23
Section 2 : Législation du travail	24
Section 3 : Législation fiscale.....	25
§ 1 - Le rattachement fiscal d'un enfant.....	26
§ 2 - La déductibilité fiscale sur la base d'enfant à charge	27
§ 3 - Taxe d'habitation.....	31
Section 4 : La sécurité sociale, l'aide sociale et autres prestations.....	32
§ 1 - La sécurité sociale et assimilées.....	32
§ 2 - La retraite et la notion d'enfant à charge	36
§ 3 - Supplément familial de traitement des fonctionnaires	38
Chapitre 2 : La lecture du texte	39
PARTIE 2 : LES PRATIQUES DE LA NOTION D'ENFANT A CHARGE EFFECTIVE ET PERMANENTE	40
Titre 1 : Les incohérences pratiques de la notion de charge	40
Chapitre 1 : L'état des divergences dans la famille et les conflits parentaux	40
Section 1 : Généralités	40
Section 2 : La charge temporelle	41
§ 1 - Les apparences.....	41
§ 2 - Les réalités	41
Section 3 : La charge matérielle	43

§ 1 - Généralités	43
§ 2 - Les pensions alimentaires	43
Chapitre 2 : L'état des divergences au regard des institutions et organismes.....	54
§ 1 - Incidences dans la fiscalité.....	54
§ 2 - Incidences dans la santé et l'aide sociale.....	55
§ 3 - Incidences dans la scolarité.....	56
§ 4 - Incidences dans le domaine de l'assurance.....	56
Titre 2 : Pour une définition unitaire de la notion d'enfant à charge.....	57
Chapitre 1 : Définition de la charge d'enfant	57
Section 1 : Proposition de précision des critères	57
Section 2 : Définition de la charge.....	58
Chapitre 2 : Incidences d'une juste application.....	58
§ 1 - Incidences sur le plan des individus.....	58
§ 2 - Incidences sur le plan de la société.....	59

LA NOTION D'ENFANT A CHARGE EFFECTIVE ET PERMANENTE

par THIERY Pascal

Directeur de mémoire : Madame Marie Luce BERNARD, Maître de Conférences
Université de La Rochelle

INTRODUCTION

N'est-il pas des charges que l'on a plaisir à assumer, encore faut-il que la société, la législation et sa pratique ne les compliquent pas plus que nécessaire en les transformant en un labyrinthe trop complexe pour chacun ?

La vie quotidienne nous confronte régulièrement à des difficultés et notamment à devoir déclarer et gérer "administrativement" ceux qui nous sont chers et plus particulièrement nos enfants. Ces aspects omniprésents pourraient se résumer à la question :

Avez-vous des enfants à charge ?

En effet, le fait d'être perçu par la société ou par ses instances, comme ayant ou non des enfants à charge, influence bon nombre de nos rapports avec toutes les institutions de la société et conduit le plus souvent à des incidences matérielles considérables, par exemple :

- être imposable ou non,
- bénéficier de telles ou telles autres réductions,
- obtenir certains avantages sociaux,
- être responsable de l'enfant ou non, etc.

Il ne fait donc aucun doute que pour la majorité des adultes cette question est cruciale dans tous les milieux sociaux, et ce qu'ils soient :

- modestes, car le moindre élément qui puisse être le moyen d'améliorer le quotidien est crucial voire vital,
- aisés, car le nombre de parts fiscales a une incidence importante sur un impôt qui peut représenter de gros montants.

Donc, qu'est-ce qu'un enfant à charge ?

La notion de charge peut être présentée comme conséquence à l'établissement de la filiation qui institue des droits et devoirs à l'égard d'un enfant, tout en instituant l'autorité parentale et son exercice. En cela, il semble nécessaire de souligner l'importance de l'article **371-2 du Code civil qui crée des droits et des devoirs "pour"...**

Les droits et les devoirs nous renvoient directement à une appréciation juridique afin de pouvoir apprécier quelles sont les références des pratiques du droit et des pratiques sociales qui en découlent.

L'expérience de la vie nous permet de pouvoir vivre diverses pratiques de la notion d'enfants à charge. Or, souvent, l'appréciation de la notion d'enfant à charge semble poser problème tant au regard de la réalité matérielle que du point de vue des textes. Il est aussi intéressant de noter que la notion de charge et ses incidences sont très différentes selon les législations utilisées, et varient donc selon les institutions.

Les incidences matérielles et symboliques sont si importantes, que les positions de chacun sont fermement défendues. Force est de constater que les prétendants au bénéfice de la charge, sont confrontés le plus souvent à des administrations où les directives et règlements sont parfois de piètres interprétations de la lettre des textes. Il ne faut pas oublier que les agents des diverses administrations sont aussi sous l'influence des habitudes et des coutumes persistantes qui ont quelques discordances avec la réalité des faits. En fait, cela se traduit par un fort contentieux qui concerne essentiellement les père et mère, surtout lorsque la situation est rendue délicate et difficile pendant et après un divorce ou une séparation où chacun des parents s'estime en droit d'être reconnu avec enfant à charge.

Les raisonnements habituels sur la famille traditionnelle sont basés sur un foyer unique et dans ce cas, si certaines difficultés peuvent apparaître, elles se résolvent facilement puisque les parents vivent en commun. Or, à notre époque où le divorce est courant, le problème se présente le plus souvent face à deux foyers de parents divorcés. Est-ce que la notion d'enfant à charge concerne un seul des deux parents ou les deux ? Il s'agit donc surtout d'un éventuel problème entre les institutions et les parents, ceux-ci pouvant être pris individuellement, voire avec revendication d'un seul au titre des deux et pour son seul compte personnel. La famille a évolué et, si elle était évoquée dans le passé comme une véritable institution, aujourd'hui elle se traduit par une éventuelle pluralité de foyers revêtant plusieurs formes : famille traditionnelle, famille en union libre, famille pacsée, famille "décomposée puis recomposée", etc. Faut-il en déduire que la charge d'enfant ne peut plus être basée sur une structure familiale qu'il est dorénavant difficile d'appréhender comme une entité unique, mais plutôt sur la base d'individualité ? Les contradictions de cette dernière idée semblent se retrouver dans les différents textes. Mais, contrairement aux idées qui sont véhiculées habituellement, les père et mère ne constituent-ils pas tous

les deux des foyers monoparentaux et non une famille monoparentale d'un côté et un parent célibataire de l'autre ?

Parallèlement, les textes font référence aux qualités "effective et permanente" de la charge, mais la définition de ces caractéristiques laissent beaucoup d'interprétations. Les flous législatif et juridique ne permettent pas de pouvoir faire une appréciation sûre de cette notion, notamment, lorsque les parents sont séparés, et dans la mesure où l'enfant est accueilli régulièrement, fréquemment et pris en charge effectivement par ses deux parents : chacun des deux contribue à son éducation, et la question de l'effectivité et de la permanence semble quelque peu malmenée.

Comment les parents, les institutions, le droit s'y retrouvent-ils ? Un Etat de droit comme le nôtre peut-il s'accommoder d'une telle situation aussi floue et discutable ?

Comment trouver des bases sérieuses et cohérentes pour qu'une "juste" appréciation soit faite et reconnue par tous ?

Il convient donc d'examiner ce que représente pour les familles, pour chaque parent la charge de l'enfant.

Il est apparu nécessaire de procéder à un "état des lieux du droit" et d'émettre d'éventuelles propositions.

Ce mémoire propose donc les différentes pistes de réflexion et de recherche suivantes.

- Les différents textes juridiques et interprétations communément employés pour la notion de charge.
- Les incidences pratiques de la charge dans différents domaines institutionnels :
 - la famille,
 - la fiscalité,
 - la santé,
 - l'aide sociale,
 - etc.
- La mise en évidence de pratiques discordantes voire incohérentes à propos de la notion de charge et notamment certaines incidences discriminatoires à l'égard des pères plus souvent que des mères à travers différents fonctionnements institutionnels.
 - Les pratiques judiciaires.
 - Les pratiques administratives et sociales.
 - Recherche d'une méthode d'appréciation des éléments comptables intégrant les textes, les résultats d'enquêtes de l'INSEE.
- L'analyse de la qualité "effective et permanente" de la charge.
- Les définitions de la charge effective et permanente, et la démonstration de la nécessité de préciser de nouveaux critères.
- Les conséquences de l'application des textes si la charge effective et permanente était plus exactement appréciée.

Les problèmes résultants de l'évolution de la famille sont, pour nous, l'occasion de faire le point sur les critères de reconnaissance de la notion d'enfant à charge effective et

permanente, puisque cette seule notion permet aux père et mère de bénéficier d'avantages matériels non négligeables par ailleurs justifiés. La seule référence du foyer traditionnel ou son substitut artificiellement monoparental s'avère de plus en plus impropre à bénéficier seul de cette notion. Dès lors, il est nécessaire d'avoir recours à d'autres réflexions, telle "la parité de la charge". En fait, le législateur semble encore chercher une assise stable pour l'appréciation de cette notion. Différentes commissions ont déjà abordé la question et certains rapports ont effleuré la problématique sans toutefois la poser vraiment et encore moins y répondre. Le concept de notion d'enfant à charge, que nous proposons de préciser, pourrait être l'aboutissement du travail de tâtonnement opéré tant en jurisprudence qu'en travaux préparatoires pour le législateur. La version achevée de la notion d'enfant à charge, offrirait à notre droit un critère unificateur et paritaire de reconnaissance de cette charge qui devrait même être un plaisir. Après avoir exposé les origines juridiques et les caractéristiques de la notion d'enfant à charge effective et permanente (partie 1), nous en éprouverons les pratiques institutionnelles en envisageant des éventuelles propositions (partie 2).

PARTIE 1 : LES ORIGINES JURIDIQUES ET LES CARACTERISTIQUES DE LA NOTION D'ENFANT A CHARGE EFFECTIVE ET PERMANENTE

TITRE 1 : LES FONDEMENTS JURIDIQUES

Chapitre 1 : LA NOTION D'ENFANT

Section 1 : LA FILIATION

La filiation est le lien juridique et reconnu par l'état civil par lequel s'établissent des obligations réciproques entre les "géniteurs" et l'enfant.

La filiation est établie par :

- La possession d'état.

Article 311-1 du Code civil.

"La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir.

La possession d'état doit être continue."

Article 311-3.

"Les parents ou l'enfant peuvent demander au juge des tutelles que leur soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 71 et 72 du présent Code, un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire.

Sans préjudice de tous autres moyens de preuve auxquels ils pourraient recourir pour en établir l'existence en justice, si elle venait à être contestée.

Le lien de filiation établi par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant."

- Par le mariage

Article 312 : *"L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari."*

- La reconnaissance mentionnée sur les actes d'état civil.
- L'effet d'un jugement comme mentionné dans l'article 334-8 pour l'enfant naturel.

Cependant, la filiation légitime, naturelle, et adultérine donnent encore lieu à des distinctions légales et jurisprudentielles qui méritent d'être commentées, car pour chacun, être parent, et ne pas se voir reconnu la charge d'enfant à charge, est une antinomie.

- Cela revient à vouloir qualifier un acte juridique de simple fait juridique. La filiation est génératrice de l'autorité parentale (article 371-2 du Code civil) c'est à dire de droits et devoirs pour...
- Serait-ce une volonté sociétale de ne pas vouloir reconnaître la parenté dans toutes ses dimensions ? Comment pouvoir expliquer que des parents se soient engagés à faire naître un enfant et "contractent ensemble l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants", et par un simple clic se voient retirer ce qui est essentiel pour eux : la reconnaissance de la charge de leur enfant ? Est un mauvais tour de magie ?

La Convention Internationale des Droits de l'Enfant est un des textes importants en la matière, bien qu'il ne soit pas d'application directe comme la C.E.D.H.. Cette convention est intéressante dans la mesure où elle précise la façon dont se matérialise le lien de filiation.

- L'article 7-1 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et ratifiée par la France, établit le droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux.
- L'article 9-3 de cette Convention reconnaît le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.
- L'article 4 de ladite Convention oblige les États parties à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la Convention internationale.

Pourtant, la France ne respecte pas ses engagements en ne prenant pas en compte l'ensemble des dispositions ci-dessus.

§ 1 - Distinctions fondées à raison du sexe des parents de l'enfant

A) L'enfant n'a pas droit à connaître d'une façon égalitaire sa mère et son père

Des dispositions légales ne mettent pas l'établissement de la paternité et de la maternité sur un pied d'égalité. Ainsi la mère peut-elle nier sa maternité (article 341-1). Inversement, le géniteur peut se voir imposer la paternité au delà de sa volonté. La mère est libre de ses actions y compris de les imposer au père.

B) L'enfant est reconnu plus facilement par sa mère que par son père

Alors que l'article 56 du Code civil précise que "*La naissance de l'enfant sera déclarée par le père,*" la mère peut se dispenser d'une démarche pour obtenir les mêmes effets qu'une reconnaissance de son enfant (article 337 du Code civil). Faculté qui n'est pas offerte au père.

C) L'enfant n'a pas une filiation égalitaire vis à vis de sa mère et de son père

L'enfant n'a pas le même accès à ses parents légitimes puisque sa filiation à l'égard de sa mère est directe, alors que sa filiation à l'égard de son père n'est établie qu'indirectement par le biais du mariage avec sa mère (article 312 du Code civil).

Dans le mariage, la filiation paternelle est une présomption qui s'impose au père mais qui ne s'impose pas à la mère. (article 313-1 du Code civil)

§ 2 - Distinctions fondées à raison du statut familial de l'enfant

La première distinction à noter se retrouve dans le langage juridique au travers des appellations naturelles et légitimes.

A) Les enfants ne sont pas égaux en droit français au regard de leurs droits successoraux

Les enfants ne sont pas égaux en droit français puisque la France établit une distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes et les droits consécutifs à cette distinction sont différents en fonction de l'appartenance à l'une ou l'autre de ces catégories. A noter que cette différence de traitement entre enfant légitime et enfant naturel est qualificative de l'incrimination de "discrimination fondée sur la situation familiale" aux termes de l'article 225-1 du Code pénal, incrimination punissable en vertu de l'article 225-2 et dans le cas de refus de droit par une autorité en vertu de l'article 432-7 du même Code.

Il y a toute une série de textes qui concerne la dévolution successorale de la parenté légitime en présence d'un enfant adultérin. Ces textes supposent la réunion de certaines conditions, mais se sont des exceptions. La disposition de base c'est l'article 760 qui prévoit que l'enfant naturel adultérin n'aura droit qu'à la moitié de la part successorale qu'il aurait eue s'il avait été enfant légitime. La fraction dont il est privé est attribuée aux enfants légitimes. Le texte est reproduit en matière de réserve à l'article 915.

L'article 761 prévoit qu'il peut y avoir une opposition à une attribution préférentielle au profit du conjoint "trompé".

L'article 762 indique une attribution liminaire. Celui qui a commis l'adultère peut décider d'éliminer l'enfant adultérin de sa succession en lui attribuant de son vivant sa part successorale.

L'article 908 interdit aux parents adultérins d'améliorer par des libéralités la situation qui résulte des articles 760 et 759.

Les enfants légitimes ont la possibilité de demander la conversion de l'usufruit en rente selon l'article 1097-1 alors que cela est refusé aux enfants adultérins.

Une quotité disponible spéciale au profit du conjoint survivant est prévue par la loi, mais cette quotité est plus large en présence d'enfant adultérin selon l'article 1097.

Les arrêts de la Cour de Strasbourg ont toujours été très favorables au principe d'égalité des filiations. Pour l'enfant naturel : arrêt "Mackx" en 1979 condamnation, de la Belgique ; "Inze", en 1987 condamnation de l'Autriche ; "Vermeire", en 1991 condamnation de la Belgique. En février 2000 condamnation de la France dans l'arrêt Mazureck, mais qui paraît avoir été perçu avec une certaine déception, puisque la Cour a raisonné non pas sur la discrimination, mais sur le fait que la succession était déjà ouverte.

B) L'enfant n'a pas le même établissement du lien maternel selon qu'il est dit "naturel" ou "légitime"

Outre une discrimination entre les sexes parentaux, les dispositions françaises créent une discrimination entre enfants légitimes et naturels en terme de droit à leurs deux parents. Ainsi l'acte de naissance de l'enfant, même s'il indique le nom de la mère, ne suffit-il pas à établir la maternité naturelle (article 336 du Code civil) alors qu'il est un mode d'établissement de la maternité légitime (article 319 du Code civil).

C) Le droit de l'enfant à connaître ses parents n'est pas respecté

Le principe de "l'accouchement sous X" prévu par l'article 341-1 du Code civil ne permet pas à l'enfant, par la volonté de la mère, de connaître cette dernière et le prive de sa filiation maternelle. Par voie de conséquence, l'enfant ne peut connaître son père. Il est à noter que, dans cette condition, le père n'a pas droit non plus de connaître son enfant. Autrement dit, en droit français, le désir de la mère de rester anonyme est prioritaire sur toutes autres considérations et ceci, même si son choix est contraire à l'intérêt de l'enfant et si celle-ci n'est pas directement concernée comme pour le lien entre l'enfant et son père.

L'ensemble de ce dispositif légal est donc contraire à la Convention internationale des Droits de l'Enfant, en son article 2 (qui interdit toute discrimination entre les enfants, notamment selon le statut juridique des parents, ou toute discrimination fondée sur le sexe), son article 7 (par violation du droit à la connaissance de ses deux parents), ses articles 9 et 18 (qui confient la responsabilité éducatrice à égalité aux deux parents). Il est à noter aussi que ce dispositif est aussi contraire à la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales en ses articles 8, 9, 12, et 14 et à la Convention de l'O.N.U. sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes en ses articles 5 et 16/1d. Ces conventions non respectées ont pourtant une valeur supérieure aux textes français (article 55 de la Constitution française).

La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, malgré une timide avancée de ce dernier, refusent l'application en droit interne de la Convention internationale des Droits de l'Enfant, au motif qu'elle n'est pas créatrice de droits pour les citoyens, mais seulement d'obligations pour les Etats. Par conséquent, si le législateur français n'amende pas les dispositions discriminatoires, ces conventions restent lettre morte sur les points examinés ci-dessus, par absence de voies de recours, en violation de l'article 2 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant.

Les instances supranationales reprochent à la France d'écarter parfois dans des arrêts les dispositions de cette Convention, critique qui a par exemple été faite dans l'avis rendu le 22 avril 1995 par le Comité des Experts de l'ONU sur les droits de l'enfant, point 12 du Chapitre "*Principaux sujets de préoccupation*". Il est donc dans l'intérêt de la France en tant qu'État, et dans celui des enfants français en tant que sujets de droit, que la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat se prononcent favorablement dans cette décision sur l'applicabilité directe en droit interne de la Convention internationale des Droits de l'Enfant.

Il n'échappera pas que les droits de l'enfant sont moins bien protégés dans certains Etats francophones — et dont le droit est d'inspiration française — d'Afrique ou d'Asie, signataires de la Convention. Les Cours suprêmes de certains de ces pays ne manquent pas de s'inspirer des jurisprudences de nos juridictions, se référant de bonne foi à notre

tradition de respect de tous les Droits de l'Homme. Il est ainsi clair qu'il serait également préjudiciable à des enfants d'autres pays, dont le droit est sous l'influence historique de la France, de ne pas affirmer l'applicabilité directe de la Convention.

Section 2 : LE MINEUR

La minorité de l'enfant est le fait justificatif des prérogatives spécifiques exercées par les parents en vertu de l'autorité parentale. L'essentiel de ces droits et devoirs cesse à la majorité, à moins que l'émancipation ne permette une autonomie plus précoce à seize ans révolus (article 477 du Code civil). A l'inverse, les adultes en tutelle ou en curatelle peuvent faire "proroger" les charges de la minorité à l'égard des parents s'ils sont tuteurs ou curateurs.

Chapitre 2 : LA NOTION DE CHARGE

Après avoir présenté les relations entre parents et enfants sous leurs diverses natures de filiation, il est à présent intéressant de se pencher sur les conséquences juridiques de la filiation par rapport à la notion de charge effective et permanente.

Bien que ce mot "charge" définisse dans le langage courant un devoir prenant l'apparence de "fardeau", dans ce contexte, il en est souvent tout autrement et peut même procurer des avantages. La "charge" d'enfant génère bien sûr des devoirs, mais aussi des droits. D'autre part, bien que les enfants soient facteurs de soucis pour les parents, ils leur procurent les plus grandes joies. Le législateur n'a sans doute pas voulu ignorer cette contradiction apparente et il semble qu'elle soit traduite dans l'article 371-2 du Code civil concernant les droits et les devoirs. Il semble que les droits et les devoirs soient présentés comme des corollaires.

L'article 371-2 du Code civil définit le contenu de l'autorité parentale en impliquant directement la charge.

Nous évoquerons ci-après non seulement la charge matérielle, mais aussi la charge de responsabilité qui découle des devoirs de surveillance.

Section 1 : UN PEU D'HISTOIRE : L'AUTORITE PARENTALE ET SON EXERCICE DEPUIS LA LOI DU 8 JANVIER 1993

L'autorité parentale est la dénomination légale actuelle de la notion de responsabilité des parents vis-à-vis de leurs enfants, incluant les droits et les devoirs ou diverses obligations. Elle est régie par le titre neuvième du Code civil, articles 371 et suivants, ainsi que divers autres articles modulant ces règles de bases, en particulier les articles concernant le mariage et le divorce.

Le premier texte sur la "puissance paternelle" qui date du 24 mars 1803, indiquait "*Le père exerce seul cette autorité durant le mariage*", bien que l'enfant restait "sous l'autorité" des deux parents. La loi du 23 juillet 1942 indique (article 373 du Code civil) : "*Cette autorité appartient au père et à la mère. Durant le mariage, elle est exercée par le père en sa qualité de chef de famille*".

L'ancien article 302 du Code civil (loi du 18 avril 1886 sur le divorce) confiait "l'enfant" et non pas la "garde" à celui des deux parents qui avait "obtenu le divorce" (qui n'avait pas

les torts), à moins que "pour le plus grand avantage des enfants" il en soit autrement, notamment en cas d'enquête sociale (ordonnance du 12 avril 1945).

La loi n° 70-459 du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale est venue préciser : "*Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité*" (article 372 Code civil). Si les parents ne sont pas mariés et ont tous deux reconnu l'enfant, la mère exerce en entier l'autorité parentale. Dans le divorce, "l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre" (article 373-2 Code civil).

La loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, concernant les procédures de divorce, a modifié les incidences du divorce sur les enfants en confiant leur "garde" à l'un ou à l'autre des époux, suivant leur intérêt : l'article 287 du Code civil est venu remplacer l'ancien article 302.

Depuis 1970, il existait bien une entorse à l'égalité de droit entre pères et mères, dans les procédures judiciaires, pour faire reconnaître le plein exercice de l'autorité parentale, à égalité, une fois divorcés ou non mariés. En effet, ce n'est que depuis la fin des années 70 que la "garde alternée" fit son apparition, et depuis le début des années 1980 qu'il a été possible, mais rare pour les parents, d'obtenir une "garde conjointe", ceci et cela étant des pis-aller pour contourner les difficultés de l'écriture des textes qui font une distinction entre le droit lui-même (l'autorité parentale) et l'exercice du droit.

C'est sous l'action des pères, mais aussi des professionnels et des associations concernés que petit à petit la "garde conjointe" se développa : voir la circulaire de la chancellerie d'avril 1982, et par ailleurs les trois arrêts de la Cour de Cassation de 1982, 1983 et 1987.

La loi du 22 juillet 1987 a ensuite modifié certains aspects de l'exercice de l'autorité parentale, en particulier en légalisant le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le divorce et pour l'enfant naturel ; et en supprimant le terme "garde" comme enjeu dans la séparation des parents, mais en la remplaçant par la notion de "résidence habituelle".

Puis, la loi du 8 janvier 1993 a généralisé le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale dans le divorce et pour l'enfant naturel. Cependant, les juges aux affaires familiales ont toujours le pouvoir de refuser ou d'accorder l'exercice en commun de l'autorité parentale lorsque la question leur est soumise. Par ailleurs, dans le cas de l'enfant naturel, si la loi de 1993 indique le "plein droit" des pères, c'est toujours avec des restrictions de condition de cohabitation et de reconnaissance dans la première année.

Cependant, les pères d'aujourd'hui exercent de plein droit l'autorité parentale, en commun, dans la quasi totalité des cas, c'est à dire quand ils remplissent les conditions de la loi de 1993, article 372, à savoir :

- reconnaissance de l'enfant (cela établit la filiation) ;
- reconnaissance avant le premier anniversaire de l'enfant ;
- cohabitation (ou vie en commun, ou communauté de vie) au moment de la reconnaissance.

Il est à noter que dans le cas du "plein droit", le père, pas plus que la mère, ne devrait justifier quoi que ce soit pour prouver qu'il ou elle exerce bien l'autorité parentale... puisque c'est de **plein droit**, y compris devant une administration ou un organisme. On

peut supposer et espérer que les administrations et organismes sont au minimum informés du droit général.

Néanmoins, si le père veut avoir une justification "judiciaire" de ce droit, il peut demander au juge aux affaires familiales (article 372-1 du Code civil, audience non contradictoire) un "acte de communauté de vie", mais celui-ci ne va pas indiquer explicitement qu'il y a exercice en commun de l'autorité parentale, et cela ne prouvera pas grand chose. Le plus efficace est alors de demander au juge aux affaires familiales un "donner acte" de ce "plein droit" plutôt que de lui demander de statuer sur l'exercice en commun de l'autorité parentale. Bien entendu, le juge peut alors, au cour d'une audience contradictoire, statuer sur diverses modalités de l'exercice de l'autorité parentale y compris face à une demande reconventionnelle qui tendrait à limiter le "plein" exercice de l'autorité parentale.

Cependant, il reste à analyser la valeur du "droit à la résidence habituelle" qui est en soi une partie du droit de garde. En effet, dans l'aspect concret de chaque situation, l'enfant reste sous l'autorité du parent qui "détient" la "résidence habituelle" si une décision judiciaire la lui a confiée, et de ce principe de droit, l'autre parent est mis en marge des droits, devoirs quotidiens et responsabilités habituelles vis-à-vis de l'enfant. Les notions de résidence habituelle attribuée, à l'un des parents et, à l'autre un de droit de visite et d'hébergement vident de son sens l'exercice en commun de l'autorité parentale ou tout au moins introduit une distorsion de droit.

Redonner un sens à la parentalité de chaque parent, serait reconnaître le droit de chacun à habiter avec son enfant, le faire vivre sous son toit, sans quoi la responsabilité paraît illusoire : comment exercer l'autorité parentale à distance, lorsque l'enfant est chez l'autre parent ? Sinon par délégation, par délégation judiciaire... et c'est une sorte de manque de droit.

Dans le divorce et la séparation, le vrai exercice en commun de l'autorité parentale devrait aller de pair avec la reconnaissance de la double résidence de l'enfant, sans attribuer de droit et de devoir de résidence plus à l'un qu'à l'autre parent. D'ailleurs, ce serait là simplement reconnaître les droits de l'enfant définis par la C.I.D.E. : le droit de l'enfant à ses deux parents, le droit de l'enfant à vivre auprès de chacun d'eux et à ne pas en être séparé, le droit de l'enfant à pouvoir bénéficier de ce que chacun d'eux peut lui apporter. N'est-ce pas là l'essentiel de l'identification nécessaire de l'enfant, et de son intérêt !

Section 2 : AUTORITE PARENTALE ET EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE

L'autorité parentale, est un ensemble de droits et devoirs résultants de la filiation.

Article 371-2 du Code civil :

"L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité.

Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation."

Tous les parents dont la filiation est reconnue possèdent l'autorité parentale, sauf l'exception très rare de la déchéance parentale de l'article 378 et suivants du Code civil pour maltraitance particulièrement grave. L'autorité parentale permet à chaque parent, conformément à l'article 371-2, de protéger l'enfant vis-à-vis de sa sécurité, sa santé, sa moralité et de son éducation. En conséquence de quoi, ces parents doivent être informés de tous les éléments concernant l'enfant.

Cependant, la mise en œuvre de l'autorité parentale est conditionnée par son exercice, son application et son exécution. Exercice qui donne le "**pouvoir de décision**".

§ 1 - Parents mariés ou divorcés

Pendant le mariage l'autorité parentale est exercée conjointement par les père et mère. En cas de divorce l'autorité parentale reste exercée conjointement (article 287 du Code civil). Ce principe ne pourrait être écarté que par le juge et sa décision doit être motivée.

§ 2 - Parents non mariés

Article 372 du Code civil "... l'exercice de l'autorité parentale est conjoint 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..."

Ce texte de 1993 ne réforme pas les décisions de justice ayant déjà statué précédemment sur ce point.

Il s'applique pour les enfants nés avant la loi du 8 janvier 1993, **si les parents avaient une communauté de vie au moment de son entrée en vigueur, le 9 janvier 1993** (au lieu d'une communauté de vie au moment de la reconnaissance concomitante ou de la reconnaissance du 2ème parent).

En cas de séparation, le principe de l'exercice de l'autorité parentale n'est pas modifié.

Si la condition de cohabitation n'est pas remplie et si les parents sont d'accord, ils devront faire une déclaration conjointe devant le greffier du T.G.I. pour exercer conjointement l'autorité parentale. En cas de désaccord, le juge aux affaires familiales pourra néanmoins le décider.

§ 3 - Précisions sur l'exercice de l'autorité parentale

1) Exercice conjoint de l'autorité parentale

Chacun des parents peut décider seul des actes usuels de la vie des enfants mais doit décider avec l'autre parent des actes importants de la vie de ces derniers (article 372-2 du Code civil).

2) Exercice "exclusif" de l'autorité parentale

Le parent titulaire de l'exercice "exclusif" de l'autorité parentale peut décider seul des actes usuels et importants de la vie des enfants, en ayant préalablement informé l'autre parent des choix importants relatifs à la vie de ces derniers.

3) Non-exercice de l'autorité parentale

C'est ne rien pouvoir décider sur les actes importants.
C'est décider des actes usuels lors de la présence de l'enfant.

Article 288 : "*Le parent qui n'a pas l'exercice 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...*". Ce qui veut dire que le parent ayant l'exercice de l'autorité parentale devrait informer l'autre parent des choix **avant** de décider, la décision prise ne laissant plus le choix.

En cas de désaccord avec l'autre parent, le droit de surveillance permet aussi d'exercer un recours judiciaire.

Cette situation n'est pas à confondre avec la déchéance parentale (article 378 et suivants du Code civil).

§ 4 - Exercice et résidence

Il faut noter que pour un parent, ne pas exercer l'autorité parentale est complètement indépendant de la charge de l'enfant. La charge de l'enfant est plutôt liée à la façon dont il est accueilli chez tel parent, soit ce dernier a la résidence habituelle de son enfant, soit il accueille son enfant d'une façon "inhabituelle", c'est à dire pour un droit de visite. Dans les cas classiques et habituels d'un droit de visite, une fin de semaine sur deux et la moitié des vacances, la charge correspond bien, à tout ce qui est nécessaire pour s'occuper d'un enfant pendant une durée non négligeable qui représente entre un cinquième et un quart du temps global.

Le fait que la résidence habituelle soit fixée chez un seul des parents (par opposition à la résidence paritaire ou alternée), n'implique pourtant aucunement que ce parent bénéficie de droit supplémentaire de quelque nature que ce soit (école, santé, etc.).

D'autre part, la résidence des enfants n'est pas une condition d'attribution des allocations familiales, parts fiscales, etc. (exemple : Cass. Soc. 31 mars 1994 (ref. 808) CAF c. Desindes). Le juge aux affaires familiales n'a d'ailleurs pas compétence pour décider que tel parent bénéficiera des avantages sociaux ou autres qui relèvent du tribunal des affaires sociales ou du tribunal administratif selon les cas (voir ci-après).

§ 5 - Le droit français en la matière et son environnement international

Il est à noter que le non-exercice de l'autorité parentale au seul motif de l'article 374 du Code civil est contraire à différents textes ratifiés par la France qui ont une valeur supérieure aux lois françaises (selon l'article 55 de la constitution), bien que leur application ne soit pas toujours directe.

Les textes suivants peuvent être cités :

- La Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (articles 8, 9, 12, 14). **Cette convention est d'application directe** en droit interne (jurisprudence de Rochefort sur mer, 22 mars 1992 etc.).
- La Convention de l'O.N.U. sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (articles 5 et 16/1d).
- La Convention internationale des Droits de l'enfant (articles 2 et 7).

§ 6 - Distinctions fondées à raison du sexe des parents de l'enfant

D'une façon générale, l'enfant naturel ne bénéficie pas de l'attribution égalitaire de l'exercice de l'autorité parentale de sa mère ou de son père, puisque le plein droit est soumis à conditions

L'article 374 du Code civil traite de l'autorité parentale en cas de filiation naturelle. Sa rédaction actuelle (loi 93-22 du 8 janvier 1993) réserve à la mère l'exclusivité de l'exercice de l'autorité parentale dans l'hypothèse où la filiation a été établie selon des modalités autres que celles prévues par l'article 372. Ceci pose des conditions à l'exercice de l'autorité parentale par le père, qui ne pèsent pas sur l'autorité parentale de la mère.

La mère est assurée d'exercer cette autorité, hors les cas où elle n'a pas reconnu son enfant. Le père, en revanche, qui ne remplit pas les conditions, doit choisir entre deux démarches : soit, accord de la mère pour la déclaration conjointe devant le greffier en chef, soit, action en justice, avec charge de la preuve au père (notamment au moyen de l'acte visé dans l'article 372-1, mais sans possibilité de recours en cas de refus de délivrance de cet acte).

La raison souvent invoquée de l'intérêt primordial de l'enfant n'explique pas cette priorité de la mère, sauf à admettre que l'exercice de l'autorité parentale par la mère est systématiquement nécessaire à l'enfant, par opposition à cet exercice par le père, lequel doit démontrer les qualités de sa paternité devant un juge. Autrement dit, une mère serait nécessairement une bonne mère, mais le père naturel serait suspect, et devrait démontrer son intérêt pour l'enfant en respectant des critères limitatifs de délais ou de procédures.

La conception sous-jacente du couple n'est plus du tout pertinente dans notre état de droit et face à l'évolution de la famille. Le texte implique que l'enfant soit nécessairement conçu hors d'un mariage que l'homme refuserait à la femme, ce qui est loin d'être le cas général. Ceci est d'autant plus faux que ce serait maintenant souvent les femmes, selon diverses réflexions, et à cause de l'avantage dont elles disposent dans le droit de la famille, qui refusent le lien conjugal.

L'article 46 de la loi 93-22 du 8 janvier 1993 pose le principe de la non-application, au motif que l'on ne souhaitait pas remettre en cause les situations existantes. Ce qui supposerait qu'un enfant, soumis à l'autorité de sa mère pendant quelques années, serait particulièrement perturbé s'il devait bénéficier d'une autorité conjointe rétablie dans son double exercice par sa mère et par son père. Si l'enfant est jeune, pourquoi faire une différence selon qu'il aura été reconnu le 7 ou le 10 janvier 1993 ? S'il est plus âgé, il a passé son enfance sous la seule responsabilité de sa mère. Le texte indique que les décisions prises pendant son adolescence ne bénéficieraient pas alors de plein droit de l'amour paternel. On peut donc constater qu'une réhabilitation extrajudiciaire des pères qui ont été antérieurement empêchés de jouer leur rôle se traduirait essentiellement (puisqu'on a écarté de principe cette réhabilitation) par des conséquences négatives pour les enfants alors que l'équivalent pour les mères n'a posé aucun problème, les mères naturelles, ayant bénéficié de l'autorité parentale de plein exercice et sans condition.

Le problème posé par les discriminations décrites ci-dessus n'est pas simplement "éthique". Il en résulte un grand nombre d'enfants privés de relations suivies avec leur père du fait des obstacles posés, soit à l'établissement de l'exercice de l'autorité parentale, soit à la continuité du lien paternel en cas de dissolution du couple parental.

§ 7 - Distinctions fondées à raison du statut familial de l'enfant

L'enfant ne bénéficie pas dans les mêmes conditions de l'exercice de l'autorité parentale de ses parents selon qu'il est "naturel" ou "légitime".

Pour un enfant légitime, l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents et ceci bien qu'ils puissent, d'un commun accord ou non, ne pas vivre ensemble, alors que pour l'enfant naturel, nous venons d'examiner les différentes difficultés quant au plein droit de l'exercice. Ces dispositions sont prévues par l'article 372 du Code civil.

Il est paradoxal d'exiger la cohabitation des parents non mariés alors que pour les parents mariés, traditionnellement présentés dans une relation stable, la cohabitation n'est pas exigée.

Section 3 : LE DROIT ET LE DEVOIR DE SURVEILLANCE

C'est la réforme de la loi du 4 juin 1970 qui a précisé le droit et le devoir de surveillance et a clairement dissocié ce point de la garde. La surveillance de l'enfant permet de mettre en œuvre le droit de communiquer et de prendre toutes les dispositions nécessaires à réaliser la protection de l'enfant et son éducation. Pour le cas où le titulaire de l'autorité parentale n'aurait pas l'exercice de cette même autorité, il conserve néanmoins le droit et le devoir de surveillance, ne serait-ce que pour manifester son point de vue et au besoin saisir les voies de recours. Force est de constater que pour certaines raisons pratiques et notamment dans le cas de séparation des parents, la surveillance de l'enfant devient illusoire et de ce fait l'enfant est privé tant de la surveillance que de la protection de l'un de ses parents.

Cette sorte de "droit devoir" fait peser une contrepartie sur son titulaire : une présomption de responsabilité de l'article 1384, alinéa 4.

Section 4 : LE DEVOIR D'ENTRETIEN

§ 1 - Le fondement législatif du devoir d'entretien

Le devoir d'entretien trouve son fondement dans divers textes selon la situation familiale et la nature de la filiation.

- Dans le mariage avec l'article 203 : "*Les époux contractent ensemble, par le seul effet du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.*"
- Après le divorce avec l'article 286 : "*Le divorce laisse subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants, sous réserve des règles qui suivent.*" Et selon les modalités de l'article 288 alinéa 4 : "*...contribue à leur entretien et à leur éducation à proportion de ses ressources et de celles de l'autre parent*".
- Pour les enfants naturels, il n'y a pas de texte spécifique sauf l'article 334 qui précise que "*L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère.*" Hormis le cas particulier des enfants naturels dont la filiation paternelle n'est pas établie où une action à fins de subsides peut être engagée sur les bases de l'article 342.

L'obligation d'entretien découle de la loi et elle est d'ordre public et donc invocable d'office par le juge lors de séparation ou divorce par exemple. Lorsque le juge décide une contribution sous forme de pension alimentaire, le bénéficiaire en est l'enfant et non pas l'adulte : l'adulte a seulement pour mission de percevoir les sommes dues et de les utiliser au mieux des intérêts et besoins du mineur.

§ 2 - Distinctions fondées à raison du sexe des parents de l'enfant

L'enfant ne bénéficie pas de la même protection matérielle à travers l'action à fins de subsides, selon qu'il s'agit de son père ou de sa mère.

Le père peut être seulement poursuivi à fins de subsides (article 342 du Code civil), y compris dans des cas où la loi permettrait l'établissement de la paternité, or souvent l'action est intentée par la mère avec la volonté de priver l'enfant de l'autorité paternelle. Ironiquement, une femme peut donc à la fois évincer le père et en même temps obtenir que ce dernier soit condamné à payer une pension alimentaire. Cette action à fins de subsides n'est pas prévue à l'encontre de la mère et ce, plus particulièrement dans le cas où, lors de l'accouchement, la mère a demandé que le secret de son admission et de son identité soit préservé (article 341-1).

§ 3 - L'obligation d'entretien des jeunes majeurs

Les jeunes majeurs arrivant dans le monde des adultes sont parfois face à de nouvelles difficultés et le législateur a voulu que la protection matérielle parentale puisse éventuellement s'étendre au-delà de la minorité.

C'est le cas dans le mariage où rien n'est précisé au delà de la majorité des enfants. L'article 203 précise que "*les époux contractent ensemble, par le seul effet du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants*". Aucune limite temporelle n'est prévue, et seules les questions de nécessités matérielles seront appréciées.

Dans le divorce, l'article 288 ne précise pas plus de limite dans le temps.

D'autre part, l'article 295 du Code civil, dans le cas spécifique de parents divorcés, précise : "*Le parent qui assume à titre principal la charge d'enfants majeurs qui ne peuvent eux-mêmes subvenir à leurs besoins peut demander à son conjoint de lui verser une contribution à leur entretien et à leur éducation*". Cette action récursoire d'un parent ne peut s'exercer que dans la mesure où l'autre parent ne satisfait pas ou satisfait de manière insuffisante à son obligation d'entretien **directe** de l'enfant tandis que le premier pallie plus que de raison. Voir J. Hauser, L'obligation civile d'entretien du jeune majeur, in L'enfant, la famille et l'argent : LGDJ, 1991, p. 163 s.

Pour les enfants naturels dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, une nouvelle distinction est faite avec les autres enfants légitimes ou naturels puisque l'action à fins de subsides pourra s'exercer jusqu'à la majorité et dans un délai de deux ans suivant celle-ci, si elle n'a pas été exercée pendant la minorité (article 342 alinéa 2).

§ 4 - Le devoir d'entretien dans la lignée familiale

Les parents ne sont pas les seuls à avoir un devoir d'entretien, mais la solidarité filiale oblige réciproquement les uns par rapport aux autres selon les articles 205 à 207 du Code civil. Seule condition, démontrer la situation de besoin du bénéficiaire. "*Les aliments ne sont accordés que dans la proportion des besoins de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit*" selon l'article 208 du Code civil.

Chapitre 3 : LA NOTION D'EFFECTIVITE

Concernant l'effectivité de la charge, remarquons que rien ne précise dans les textes ce qui définit la charge de l'enfant ni son effectivité.

Nous pouvons donc retenir une définition plus linguistique du mot effectif "*par ce qui se traduit par un effet, par des actes réels*" (Petit Robert).

Or, il est indéniable (article 203) que les parents mariés ont contracté "*l'obligation de nourrir, entretenir et élever leur enfant*" et que la dissolution du mariage n'a nullement porté atteinte à ces engagements, au contraire confirmé par l'article 286. En ce qui concerne les parents non mariés, nous avons vu que le droit positif a assimilé complètement ces obligations vis-à-vis des enfants naturels.

La charge effective perdure bien dans le divorce et/ou la séparation, quel que soit le statut matrimonial des parents.

Hors les cas de déchéance de l'autorité parentale, chacun des deux parents, même séparés, conserve bien les effets de la charge de leur enfant conséquemment à l'établissement de la filiation.

Dans une séparation, le parent "inhabituel" est rarement considéré comme le parent ayant habituellement la charge de l'enfant, or les effets les plus concrets et réels à prendre en compte sont bien les suivants :

- D'une part, la charge directe du droit de visite et d'hébergement qui est le complément, ou la contrepartie, à la résidence habituelle, pour le parent qui n'en bénéficie pas ; et pour un droit de visite et d'hébergement élargi qui est presque d'une grandeur identique ou d'une charge aussi lourde que pour le parent bénéficiant de la résidence habituelle, voire plus dans certain cas.
- D'autre part, la participation financière à la charge de l'autre parent par la contribution ou pension alimentaire est bien un effet, même s'il est indirect, au regard de la charge du droit de visite et d'hébergement.
- Enfin, des charges directes générales n'étant pas liées à la résidence, telles les occupations extrascolaires, culturelles, sportives, etc., y compris les charges liées à l'école (frais et inscriptions diverses). A noter que les effets de cette charge, recouvrent bien les attributions de l'article 371-2 :
 - Protéger l'enfant dans sa santé,
 - Protéger l'enfant dans sa sécurité,
 - Protéger l'enfant dans sa moralité,
 - Droit et devoir de
 - Garde,
 - Surveillance,
 - Education.

et tout autant celles de l'article 203 :

- Nourrir,
- Surveiller,
- Elever.

Chapitre 4 : LA NOTION DE PERMANENCE

La "notion d'enfant à charge effective et permanente" soulève la question de la permanence : s'attache-t-on à la permanence de la charge ou bien à la permanence de la présence de l'enfant qui est génératrice de charge ? Aucune réponse dans les textes.

Le débat prend toute son importance lorsque les parents de l'enfant sont séparés ou divorcés et que la charge d'enfant est revendiquée par les deux.

Concernant la permanence de la charge notamment dans ses effets décrits ci-dessus, il faut bien observer que cette charge et ses effets, ne sont ni ponctuels, ni discontinus, ni intermittents, ni exceptionnels, ni éphémères, ni passagers, etc.

Il s'agit bien d'une charge permanente dans la durée et qui demeure, tant que les enfants sont "à charge" des parents, c'est à dire, parfois jusqu'à ce que les enfants aient 25 à 30 ans.

Cette permanence s'exprime tant par la contribution alimentaire, les charges générales, que pour le droit de visite et d'hébergement, c'est à dire ce côté partagé de l'accueil de l'enfant à l'intérieur de la résidence d'un des deux parents, et cette charge est bien permanente concernant le logement, l'équipement du logement, les transports, l'habillement, les activités diverses des enfants, voire des coûts de nourriture. Et pour tout cela, on ne saurait dire que la charge n'est pas permanente car venant seulement en complément de la charge du parent ayant la résidence habituelle : elle est seulement partagée. Si l'on voulait dénier cette charge sous le prétexte qu'elle ne serait pas "complète et entière", dans ce cas, il n'y aurait pas plus de justification pour considérer "complète et entière" celle de l'autre parent bénéficiant de la résidence partagée avec celle du parent ayant un droit de visite et d'hébergement.

D'ailleurs, les deux parents n'ont pas plus, à eux deux, la charge complète et entière des enfants, cette entité étant elle-même complétée par la charge de tiers. Nul ne saurait nier que la charge des enfants comprend aussi la participation des grands-parents, et autres affins, ou encore de la société à travers ses différentes structures et institutions : école dont la charge est largement à la charge de l'Etat, allocations et aides diverses, activités de loisirs, cultures, sports, souvent à la charge des municipalités ou organismes fortement subventionnés, ou même d'entreprise par le biais des comités et autres installations, etc.

Globalement, la charge est bien permanente pour les deux parents, même si elle est répartie différemment, et parfois avec inégalité entre les deux.

D'ailleurs, cette charge inégalement répartie, mais permanente pèse, il est vrai, parfois d'un poids particulier suivant les revenus et il ne viendrait à l'idée de personne, de dire qu'elle est moindre en ne prenant en compte que les montants bruts. Par exemple, un montant de 1 000 francs représente-t-il une charge moindre que 2 000 ou 3 000 francs ? si le premier montant concerne un parent étant au R.M.I. avec 2 500 francs, alors que les seconds concerneraient un parent ayant des revenus de 20 000 et 30 000 francs. C'est un paradoxe.

Si l'on considère les deux parents, la simple présence de l'enfant auprès de chacun d'eux, sauf s'ils en sont totalement déchargés, implique donc bien une charge effective et permanente, y compris et surtout au regard des textes.

TITRE 2 : LES INTERPRETATIONS DE LA NOTION DE CHARGE

Chapitre 1 : LA LETTRE DU TEXTE

Section 1 : LEGISLATION CIVILE

§ 1 - La responsabilité des parents

Au delà de la charge matérielle, il est nécessaire d'aborder la charge qui correspond à la charge de responsabilité. A ce titre les parents sont responsables civilement et pénalement des actes de leur enfant. Comme énoncé ci-dessus, le droit et le devoir de surveillance sur un enfant fait peser une présomption de responsabilité fondée sur l'article 1384, alinéa 4.

C'est en raison de l'autorité qu'ils exercent sur leurs enfants, que les père et mère sont responsables des dommages qu'ils peuvent causer. Traditionnellement, il s'agissait d'une présomption de faute, c'est-à-dire que les parents étaient présumés avoir mal surveillé leur enfant. Depuis l'arrêt "Bertrand", le régime a changé. C'est à présent une présomption de causalité qui ne tombe que devant une cause étrangère selon l'article 1384 alinéa 7.

L'arrêt de la 2^e Chambre civile du 19 février 1997, est l'accomplissement des vœux de l'avocat général Cabanes. Depuis l'arrêt Fullenwarth, la responsabilité aurait dû être objective. Mais, la deuxième Chambre civile avait résisté. On doit assumer les dommages causés par les enfants même si on les a bien éduqués ou surveillés. En 1997, la deuxième Chambre civile est aussi passée à une responsabilité sans faute. Un enfant Sébastien Bertrand avait causé un dommage à un cyclomotoriste. La Cour d'appel avait considéré que seule la cause étrangère pouvait libérer les parents de la responsabilité qu'ils encourent. Cet attendu est repris par la 2^e Chambre civile. L'arrêt indique que la seule cause d'exonération, c'est la force majeure ou la faute de la victime.

Remarque :

- L'arrêt Bertrand dit qu'il y a une responsabilité de plein droit des père et mère. Ce terme existe déjà dans l'article 482 alinéa 2 : "*les père et mère ne sont pas responsables de plein droit de leurs enfants mineurs émancipés*".
- L'arrêt Bertrand ne se réfère qu'à la force majeure et la faute de la victime, depuis les arrêts reprennent le même principe. Toutefois, le fait du tiers reste possible.
- La faute de surveillance et l'éducation ne sont plus un mode d'exonération. Or la lecture de l'article 1384 alinéa 7 : "*La responsabilité ci-dessus a lieu, a moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.*" Cela veut dire qu'il y a une cause étrangère.

Dans un arrêt de la 2^{ème} Chambre civile 2^e du 2 décembre 1998, une petite fille glisse sur le sol dans un magasin de cristaux, elle fait tomber un présentoir. La commerçante se retourne contre la mère. La participation causale de l'enfant suffit. Le droit vise l'indemnisation des victimes.

Cas spécifique des parents divorcés ou séparés

Le 19 février 1997, la Cour a rendu un arrêt à propos de la cohabitation, relativement à des parents divorcés : arrêt "Samda", où la Cour de Cassation a expliqué que "*l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement ne fait pas cesser la cohabitation du mineur avec celui des parents qui exercent sur lui le droit de garde*". Il est à mettre en parallèle avec l'arrêt "Bertrand". Il n'y a plus de présomption de faute, il suffit que l'enfant ait participé au dommage pour retenir la responsabilité des parents. Cette condition rejaillit sur la notion de cohabitation puisqu'il ne s'agit plus de faute de surveillance, mais de responsabilité causale.

La Cour a retenu à plusieurs reprises la responsabilité d'autrui en se référant à l'organisation, la direction, le contrôle du mode de vie. Et, en particulier les Chambres criminelles du 10 octobre 1996 et 2^e civile du 24 janvier 1996.

Le droit de garde est assimilé à l'organisation, la direction, le contrôle du mode de vie de l'enfant. Une remarque est toutefois à faire, lorsque l'un des parents est titulaire de l'autorité parentale mais sans en avoir l'exercice. Ce parent aurait donc la direction de l'enfant mais n'en a pas le contrôle, puisqu'il n'a pas l'exercice de l'autorité parentale. Il serait donc intéressant de connaître la position de la Cour, pour interpréter une telle situation. Ce serait une précision supplémentaire vis-à-vis de l'arrêt Samda du 12 février 1997 où la responsabilité du parent, qui avait la résidence habituelle de l'enfant, était engagée, alors que ce dernier avait en fait, l'ensemble des critères définissant la "garde" : autorité parentale (direction) et exercice de l'autorité parentale (contrôle). Serait-il dit que le parent qui n'est pas titulaire de l'exercice de l'autorité parentale et lorsque l'enfant n'est pas sous sa responsabilité directe lors d'un droit de visite, verrait sa responsabilité dérogée du seul fait qu'il n'a pas le contrôle de l'enfant ? Cependant, ces cas auraient dû être marginaux en raison de la loi de 1993 généralisant le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

§ 2 - La responsabilité des tiers

Les tiers et les grands-parents n'ont pas directement de charge d'enfant puisqu'ils n'ont a priori pas de lien de droit. Des cas particuliers sont toutefois à préciser : les instituteurs, les tiers dont "l'activité déclarée" est de s'occuper des enfants.

A) Les instituteurs, professeurs et enseignants

C'est en vertu de l'article 1384 alinéa 6 que les instituteurs se voient responsables des enfants. De ce fait, ils ont bien "des enfants à charge" mais de manière ponctuelle et limitée.

Article 1384 alinéa 6 "*Les instituteurs ... , du dommage causé par leurs élèves ... pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.*"

Cette responsabilité semble être fondée sur le fait qu'ils ont ponctuellement une "délégation de l'exercice de l'autorité parentale".

B) Les tiers dont l'activité déclarée est de s'occuper des enfants

C'est le cas des nourrices, des clubs sportifs, des associations, des maîtres qui se voient responsables des enfants qui leur sont confiés.

L'article 1384 alinéa 1 prévoit que l'on est responsable non seulement de son fait personnel, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre.

C'est à partir de l'arrêt des chambres réunies "Jand'Heur" du 13 février 1930 où il avait été observé que, s'il existe une responsabilité générale du fait des choses, il existe aussi nécessairement une responsabilité générale du fait d'autrui, fondée sur le même article 1384 alinéa 1

Après de longues hésitations, la Cour de Cassation fit évoluer cette responsabilité et notamment par un revirement spectaculaire dans l'arrêt "Blieck" de l'assemblée plénière du 29 mars 1991 et jugea que l'article 1384 alinéa 1, formule une responsabilité qui pèse sur ceux qui doivent répondre pour autrui, et, en l'espèce, une association qui avait accepté d'organiser, de contrôler à titre permanent, le mode de vie de handicapés. C'est une évolution considérable, mais c'est aussi ambigu que l'arrêt "Téffene" car la Cour ne précise ni le domaine, ni le régime de ce principe.

Dans deux arrêts de la 2^e Chambre civile du 22 mai 1995, la Cour a appliqué l'article 1384 alinéa 1 au détriment de deux clubs sportifs et a expliqué que "*ces associations sportives avaient pour mission d'organiser, contrôler et diriger les activités de leurs membres au cours de leurs activités sportives*".

Par la suite, la Cour a, à plusieurs reprises, retenu la responsabilité d'autrui en se référant à l'organisation, la direction, le contrôle du mode de vie. Et, en particulier les Chambres criminelles du 10 octobre 1996 et 2^e civile du 24 janvier 1996.

Cette conception a été démentie en 1998 à l'égard du tuteur. Un tuteur organise, contrôle et dirige, mais la 2^e Chambre civile du 25 février 1998, précise qu'il n'en est rien. Le tuteur n'est pas susceptible d'être poursuivi au titre de l'article 1384 alinéa 1, mais seulement sur l'article 1382. Il paraissait normal, que ceux qui exercent un pouvoir sur un enfant (grands-parents, garde d'enfants etc.), ne soient pas responsables pour autrui et ne puissent être poursuivis que sur l'article 1382. C'est ce qu'a dit la Cour, le 18 septembre 1996. En revanche, ceux qui exercent une autorité permanente peuvent être poursuivis sur l'article 1384 alinéa 1. En fait, il en va différemment pour le tuteur, mais la Cour de Cassation ne peut pas dire expressément, que c'est parce que le tuteur n'est pas assuré comme les organismes (personne morale, etc.).

Bien sûr, la Chambre criminelle a dit l'inverse le 10 octobre 1996, et condamne de la même manière les personnes privées ou morales.

Tout le monde s'est accordé pour dire qu'il s'agit d'une présomption de causalité. La Cour de Cassation a affirmé cette lecture de l'arrêt "Blieck" et la Chambre criminelle du 26 mars 1997 a dit, que les personnes qui sont tenues du fait d'autrui, ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit, en démontrant qu'ils n'ont commis aucune faute.

Section 2 : LEGISLATION DU TRAVAIL

Le Code du travail en son article R. 145-2 alinéa 2 fait mention d'enfant à charge et considère que "*Tout enfant ouvrant droit aux prestations familiales en application des articles L. 512-3 et L. 512-4 du Code de la sécurité sociale et se trouvant à la charge effective et permanente du débiteur au sens de l'article L. 513-1 du même Code. **Est également considéré comme étant à charge tout enfant à qui ou pour le compte de qui le débiteur verse une pension alimentaire***". C'est le principe édicté par l'article R. 145-2, (Alinéa remplacé, D. n° 97-1167, 22 déc. 1997, article 1er; à compter du 1er janv. 1999, D. n° 98-1125, 14 déc. 1998, article 1^{er})

Bizarrement et pratiquement seule la première partie de l'alinéa 2 de cet article R145-2 semble être appliquée. La seconde partie est complètement occultée et ignorée par tous, y compris par les institutions !

Dans le même domaine, la charge d'enfant est retenue comme un critère justifiant une attribution préférentielle de l'aide à la formation professionnelle. Mais les textes prennent en compte la notion d'enfant à charge, de manière distincte, selon le sexe du parent ! En effet, selon l'article 1^{er}, 2^e de la loi n°88-811 du 12 juillet 1988 et l'article 6 du décret n°88-368 du 15 avril 1988, le public visé est le suivant :

- Les mères de familles... ou
- Femmes veuves, divorcées, séparées judiciairement, ou
- Femmes célibataires assumant la charge d'au moins un enfant ou autres femmes bénéficiaires de l'allocation de parent isolé.
- Les hommes, même dans des situations similaires, ne peuvent être rémunérés qu'en fonction de leur activité antérieure, ou à défaut selon leur âge.

(Source document CNASEA du service formation continue)

De même, les enfants à charge, ont une incidence sur la limite d'âge pour se présenter aux concours de la fonction publique d'Etat. Ainsi, la limite est reculée d'une année par enfant. De plus, cette même limite est même supprimée pour les mères de trois enfants et plus, ... pour les femmes célibataires ayant au moins un enfant à charge... Nous constatons que les textes instituant une prise en compte des enfants à charges, sont constitutifs de discriminations sexistes.

Section 3 : LEGISLATION FISCALE.

Les enfants à charge ont une incidence sur la fiscalité de l'impôt sur le revenu, mais aussi sur la taxe d'habitation.

L'enfant à charge, en matière de fiscalité de l'impôt sur le revenu, se matérialise au travers du quotient familial, c'est à dire, le nombre de part par lequel il faudra diviser le revenu familial pour obtenir le revenu imposable. Les enfants à charge "au sens de la fiscalité" ouvrent droit chacun à une demi-part ou une part entière selon le nombre d'enfant dans le foyer fiscal (parents mariés ou parents isolés). Actuellement, l'imposition commune pour deux personnes n'est autorisée que pour les couples mariés. Toutes les autres, font une déclaration séparément, à savoir :

- Parents divorcés ou séparés de corps.
- Parents en cours d'instance de divorce ou de séparation de corps.
- Parents concubins, vivants ensemble ou séparés.
- Parents n'ayant jamais vécu en couple.

Il est vrai que selon les textes actuels, nous verrons apparaître à partir de 2002, des déclarations communes pour les personnes pacsées, qu'elles soient parents d'enfant commun vivant au foyer, ou parents séparément, dont les enfants vivent sous leur toit.

Mais qu'est-ce qu'un enfant à charge au sens fiscal ?

C'est un enfant, dont la fiscalité ne fait pas l'objet d'une déclaration distincte et dont les éventuels revenus sont inclus dans les revenus du foyer. En fait, dans un premier temps, il est considéré comme un tiers rattaché fiscalement au foyer, avec ou sans revenu, à charge ou pas. La notion de charge n'a pas d'incidence directe dans la prise en compte de l'enfant dans le foyer fiscal. La notion de charge n'intervient que pour distinguer entre deux parents ayant des impositions distinctes (non mariés, séparés ou divorcés) ayant en

commun un même enfant. Une même personne, et donc un enfant ne peut pour l'instant faire l'objet d'un rattachement dans deux foyers fiscaux à la fois même s'il est à la charge des deux.

Le cas des parents ayant des impositions séparées étant le plus complexe, sera développé ci-dessous. La situation de parents célibataires, ou faisant l'objet d'une imposition commune, étant simple et facilement déductible des informations ci-dessous, ne sera pas développée.

Pour les parents divorcés, c'est à partir de la date de l'ordonnance de non conciliation que les déclarations d'impôts sont séparées. Les conjoints retiendront une autre date s'ils peuvent prouver que la séparation a eu lieu à cette date.

§ 1 - Le rattachement fiscal d'un enfant

La décision de justice fixant la résidence habituelle de l'enfant n'est pas un critère suffisant de prise en compte fiscale, encore faut-il que la réalité des faits lui corresponde. Dans un certain nombre de cas, l'enfant peut très bien résider chez l'autre parent que celui indiqué dans la décision de justice et l'administration fiscale reconnaît les faits concrets. Un arrêt du Conseil d'Etat du 11 mars 1977, requête n°3797, édicte qu'un contribuable divorcé qui a supporté la charge exclusive de l'entretien de son enfant, venu vivre à son foyer avec le consentement de l'autre parent, est en droit de prétendre à un quotient familial majoré d'une demi-part, bien que le jugement de divorce qui a confié la garde de l'enfant à l'autre parent n'ait pas été modifié. Cet arrêt semble donc reconnaître la charge des enfants, indépendamment de la résidence fixée par décision judiciaire et implicitement à celui qui assume dans quelque condition que ce soit la charge effective et permanente de l'enfant (arrêt à rapprocher d'un autre arrêt de la Cour de cassation en 1994 qui précise les conditions d'attribution des allocations familiales).

Le principe de cette reconnaissance de charge est appliqué aux grands-parents qui sont de fait dans cette situation et bien que la résidence de l'enfant soit fixée judiciairement chez un des parents.

A) Un seul parent exerce l'autorité parentale

L'enfant mineur est fiscalement rattaché au parent qui a l'exercice de l'autorité parentale, sauf si l'autre parent apporte la preuve qu'il supporte la charge exclusive de l'enfant (CE 11 mars 1977, n°3797). Bien que cet arrêt ait été rendu précédemment aux lois de 1987 et 1993 sur l'autorité parentale.

L'enfant mineur est fiscalement rattaché au parent chez lequel il a sa résidence habituelle sauf si l'autre parent apporte la preuve qu'il supporte exclusivement la charge de l'entretien de l'enfant (DA 5 B-2421 § 78).

B) Les parents exercent conjointement l'autorité parentale

Si les deux parents exercent de plein droit l'autorité parentale ou si le tribunal a attribué l'exercice de l'autorité parentale à chacun des parents, sans préciser le lieu de résidence habituelle de l'enfant, il appartient aux parents de désigner d'un commun accord, celui d'entre eux qui doit compter l'enfant à sa charge (RM JO AN 13.12.1993, p.4482). En cas de désaccord, l'enfant est rattaché à celui des parents qui a les revenus les plus élevés et

qui est donc tenu de contribuer le plus à l'entretien de l'enfant (conformément aux articles 205 à 211 du Code civil - RM JO AN 13 décembre 1993, p.4482).

C) Enfant majeur

L'enfant majeur peut demander son rattachement fiscal à l'un des parents. Rattaché ou pas, cet enfant peut donner droit à une demi-part ou une part entière notamment si le parent est veuf ou divorcé.

§ 2 - La déductibilité fiscale sur la base d'enfant à charge

A) Déductions des pensions alimentaires

Le parent ne bénéficiant pas du rattachement fiscal peut déduire la pension alimentaire qu'il verse pour celui-ci. Les pensions alimentaires versées sont déductibles (articles 203 à 211 du Code civil et 367 pour l'adoption).

Les montants à retenir sont ceux fixés par le tribunal. Si aucune décision de justice ne précise le montant, la déduction n'est limitée que par l'état de besoin de l'enfant (article 208 du Code civil) et le niveau des ressources des débiteurs (article 288 du Code civil). Pour les enfants majeurs, la déductibilité est plafonnée. Le plafond est variable selon les années.

B) Déductions des avantages immobiliers en faveur des enfants

Si un conjoint séparé ou divorcé conserve le domicile conjugal avec les enfants, l'autre conjoint a la possibilité de déduire des impôts :

- Les intérêts d'emprunts de ce logement, s'il continue à payer le crédit.
- La demi valeur locative s'il est propriétaire par moitié et toute la valeur locative s'il est l'unique propriétaire.

Ces déductions se font au titre de la contribution à l'éducation des enfants. (CE n°74860, RJF 2/93 n°173)

C) Déduction des frais d'hébergement lors des droits de visite

Pour étudier ce point, il est intéressant de l'aborder sous l'angle de la résidence alternée, sachant que le droit de visite et d'hébergement le plus classique et mineur n'est, sur le plan pratique, que ni plus ni moins une résidence alternée disproportionnée. Les services fiscaux se sont toujours refusés à déduire ce type de frais du revenu du contribuable alors que l'argumentation développée ci-dessous semble le permettre !

L'administration fiscale semble bien peu en accord avec les changements de modèles familiaux et notamment l'évolution d'une garde stricte, où l'un des parents disparaissait de la vie de l'enfant, vers ce qui a tendance à devenir une pratique grandissante à savoir la reconnaissance de la double résidence ou résidence paritaire. D'ailleurs, les récents rapports d'Irène Théry et Françoise Dekeuwer-Defossez ouvrent la porte sur ces points.

1) Les parts et charges fiscales des enfants vivant en résidence alternée

Cette déduction est prévue, ainsi que celle basée sur la garde conjointe par le BO CGI 5B 1581 et RM 17472 JO-AN du 9 février 1981 page 556).

2) Cas de la résidence alternée mise en place après décision de justice

Selon la règle de prise en compte du quotient familial : un même enfant ne peut être compté à charge que par un seul parent.

L'administration fiscale se réfère à des modèles établis, classiques et réducteurs, des cas simplifiés.

Par ailleurs, l'administration fiscale reconnaît que les règlements sont trop complexes pour pouvoir être connus complètement de tous ses agents. Chaque contrôleur, chaque agent fiscal, est libre de valider ou non un dossier.

a) *Principe*

La Documentation de Base du Ministère des Finances avance les principes de base dans la série 5FP de juillet 1995 : Fiscalité directe des personnes et dispositions communes en matière d'impôt direct, Division B. Impôt sur le Revenu. Dispositions générales Titre 1 à 3, Paragraphe 5B 3121, Sous section 1 : prise en compte des enfants, Paragraphe 25 page 22.

"Si par exception le tribunal attribue l'autorité parentale à chacun des parents sans préciser le lieu de résidence habituelle de l'enfant [cas des enfants hébergés alternativement par chacun des parents], il appartient normalement aux parents de désigner d'un commun accord celui d'entre eux qui doit bénéficier du quotient familial. En cas de désaccord, le bénéficiaire du quotient familial est accordé à celui des deux parents qui a les revenus les plus élevés, c'est à dire à celui, qui en raison de ses moyens, est tenu, en vertu des articles 205 à 211 du Code civil, d'apporter la contribution la plus importante à l'entretien de l'enfant. L'autre parent peut, quant à lui, déduire de son revenu global le montant de l'obligation alimentaire qu'il exécute en nature ou en espèces. Cette pension est, bien entendu, imposable entre les mains du parent bénéficiaire de la majoration du quotient familial." Nous notons bien qu'il est signalé "en nature ou en espèces".

La confirmation en clair a été faite par :

- Différentes réponses ministérielles :
 - RM 14094 du 10 mai 1982 J.O.-A.N. p. 3213
 - RM 18479 du 9 février 1981 J.O.-A.N. p. 556.
- Différentes directives :
 - DO BGI 5B articles 3121 et 3122
 - D.P.F. page 925 article 261

Pour l'obligation alimentaire en nature, voir le Précis de fiscalité 94 édité par la DGI page 42 paragraphe 70-1.

En outre et lorsque l'enfant devient majeur, celui des parents qui verse ou ne verse pas une pension, qui ne bénéficiait pas du rattachement fiscal, et qui n'a pas d'autre personne à charge, bénéficie d'une demi-part supplémentaire pour cet enfant. Cet avantage n'est

pas autre chose que le prolongement de la reconnaissance de charges que le parent pouvait avoir lorsque l'enfant était mineur. Nous constatons donc que cet enfant majeur ouvrant droit à bénéfice de part supplémentaire pour ce parent, devrait le faire a fortiori lorsqu'il était mineur et dépendant directement de l'un et l'autre de ses deux parents. Ceci reste exact, même si l'enfant est marié et qu'il a demandé son rattachement fiscal avec l'autre parent étant le bénéficiaire de la pension (CGI article 195-1). Ce bénéfice est évidemment ouvert à l'autre parent.

b) *Mise en oeuvre*

Encore faut-il que le contribuable justifie cette charge. Pour ce faire, il devra évaluer le coût réel des enfants au moyen de notes, justificatifs, quotes-parts, etc. et produire la copie du jugement.

c) *Remarques*

Dans le cas de la résidence alternée par ordonnance ou jugement, le juge aux affaires familiales ne devrait pas avoir compétence et malgré leur pratique, pour décider d'une attribution de quotient familial, pour trois raisons.

- Il appartient aux seuls deux parents de fixer d'un commun accord le bénéficiaire de l'avantage fiscal : voir RM 14094 du 10 mai 1982 J.O. - A.N. p. 3213 et RM 18479 du 9 février 1981 J.O. - A.N. p. 556.
- L'administration fiscale est seule habilitée à faire une enquête ou à demander au contribuable des éclaircissements sur les charges retranchées du revenu imposable global : Livre des procédures fiscales, Titre 2 (le contrôle de l'impôt Chapitre premier article L10, L12, L14, L16).
- Les questions fiscales n'interviennent qu'entre l'administration et le contribuable et donc seul le tribunal administratif a compétence en cas de litiges. Le juge aux affaires familiales ne pourra que trancher sur les conséquences de la fiscalité dans les charges incombant aux parents.

Il n'y a que dans le cas où le contribuable ne peut pas prouver la garde de fait et si elle contredit le libellé du jugement, que l'administration fiscale se base sur le jugement (voir D.P.F. page 925 article 260).

Dans le cas de droit de visite "large" correspondant à une alternance, il faut se demander si cette situation est assimilable à la résidence alternée mentionnée dans la directive 3121. Il y a une marge d'interprétation des textes qui ne nous interdit pas de penser que cela soit possible, encore faudrait-il que cette question soit posée aux contrôleurs fiscaux ou encore à l'administration ou au ministre concerné par une question écrite ou orale d'un parlementaire (qui donnera lieu de toute façon à transcription dans le J.O.). Le B.O.-D.G.I. s'appuie sur les Réponses des Ministres aux questions qui leur sont posées.

3) Cas de la résidence alternée sans décision de justice

Théoriquement, rien n'est faisable puisqu'il n'y a pas eu de jugement. Dans la pratique, il est possible d'utiliser les textes et les B.O.

Il n'y a pas de pension alimentaire instituée avec un montant précis, puisqu'il n'y pas de décision de justice. Néanmoins, tous les parents ont bien une obligation d'entretien envers leur enfant (article 203 et suivants pour les enfants dans le mariage dont les

parents ont une déclaration séparée, 203 et 334 alinéa 1 combinés pour les enfants naturels, article 342 pour les enfants naturels dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie). Cette contribution, puisque sans décision, et donc hors du cadre d'un divorce prononcé, n'est pas soumise à l'article 293 du Code civil et peut donc s'exécuter sous la forme d'une pension alimentaire et/ou en nature (article 203, 208, 209 et 210 en substance). L'obligation d'entretien s'exécute d'une façon permanente, et pas seulement une semaine sur deux. Si l'administration fiscale admet, par ailleurs, que la pension en nature soit ajoutée à celui qui bénéficie du quotient familial comme cité précédemment, l'autre parent peut déduire la part de contribution en nature.

4) Remarque

Les déductions des frais d'hébergement au profit d'un tiers sont possibles, mais lorsque ce tiers est l'enfant du contribuable, l'administration fiscale refuse cette déduction au seul motif que la pension est déjà déduite, considérant qu'elle serait la seule charge réelle. Cette pratique semble être en opposition avec son acceptation du paiement de pension en nature, sans tenir compte de l'évolution des pratiques familiales et de la législation telle la loi de juillet 1987 : loi qui légalise l'exercice conjoint de l'autorité parentale, en supprimant l'enjeu de la garde exclusive et en consacrant une certaine répartition de la charge de l'enfant dont les expressions résidence et droit de visite et d'hébergement n'en sont que des images ne décrivant pas précisément la répartition de la charge.

D) Les frais de garde des enfants

1) Les réductions d'impôts

Les frais de garde des enfants peuvent donner lieu à réduction d'impôts selon l'article 199 quater D du Code général des impôts.

Article 199 quater D du Code général des impôts :

(Loi n° 88-1149 du 23 décembre 1988 art. 4 I, 5 finances pour 1989 Journal officiel du 28 décembre 1988 incorporée au code le 14 juillet 1989)

(Loi n° 89-935 du 29 décembre 1989 art. 2 IV, V finances pour 1990 Journal officiel du 30 décembre 1989 modification directe incorporée dans l'édition du 15 juin 1990)

(Loi n° 91-1323 du 30 décembre 1991 art. 17 II V finances rectificative pour 1991 Journal officiel du 31 décembre 1991)

(Loi n° 96-1181 du 30 décembre 1996 art. 89 III finances pour 1997 Journal officiel du 31 décembre 1996)

Les contribuables célibataires, veufs ou divorcés domiciliés en France au sens de l'article 4 B peuvent bénéficier d'une réduction de leur impôt sur le revenu égale à 25 pour 100 des dépenses nécessitées par la garde des enfants âgés de moins de six ans qu'ils ont à leur charge. Le montant global des dépenses à retenir pour le calcul de la réduction d'impôt est limité à 15.000 F par enfant, sans pouvoir excéder le montant des revenus professionnels nets de frais. (Les dispositions du 5 du I de l'article 197 sont applicables) (M).

La même possibilité est ouverte, sous les mêmes conditions et dans les mêmes limites, aux foyers fiscaux dont les conjoints justifient, soit de deux emplois à plein temps, soit d'un emploi à plein temps et d'un emploi à mi-temps, soit de deux emplois à mi-temps, ou

ne peuvent exercer une activité professionnelle du fait d'une longue maladie, d'une infirmité ou de la poursuite d'études dans l'enseignement supérieur (1).

Les dépenses définies au premier alinéa s'entendent des sommes versées à une assistante maternelle mentionnée à l'article 80 sexies ou à un établissement de garde répondant aux conditions prévues à l'article L. 180 du code de la santé publique (2).

(M) Modification de la loi 96-1181.

(1) Le chiffre de 15.000 F s'applique à partir de l'imposition des revenus de 1989.

(2) Ces dispositions s'appliquent à compter de l'imposition des revenus de 1992.

Ce texte ne nous empêche pas de penser que la charge d'enfant puisse être reconnue simultanément aux deux parents résidant séparément dans deux foyers fiscaux distincts. Or, la réduction d'impôt semble, par sa nature, être applicable au seul parent bénéficiant du rattachement fiscal de l'enfant et dans les proportions mentionnées à l'article 199 quater D du Code général des impôts. Ce texte paraît encore une fois contraire à la question de la reconnaissance de la charge d'enfant aux deux parents séparés. Les pratiques socio-familiales mettent en évidence l'élargissement de la charge d'enfant aux deux parents et d'une façon notable dans l'hypothèse d'une résidence alternée ou paritaire. Le droit fiscal et sa pratique semblent donc peu en adéquation avec les modes de vie familiaux de notre époque et la législation civile tel le principe directeur de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

2) Les déductions de revenus

Dans les cas particuliers où aucune pension alimentaire n'a pas été décidée judiciairement, la déduction des frais de garde évoqués ci-dessus par l'article 199 quater D du Code général des impôts, au titre de l'impôt sur le revenu, semble actuellement possible par le parent n'ayant pas la résidence habituelle. Ceci sur le fondement de la contribution à l'éducation de l'enfant et en complément ou à l'identique de la contribution pécuniaire qui pourrait être versée volontairement et pour les cas où la contribution en nature est possible. Cette déduction des revenus, toujours pour les cas particuliers où elle est possible, devrait pouvoir s'effectuer dans la double limite des frais effectivement engagés et des plafonds de déduction au titre de la contribution à l'éducation des enfants. Cette déduction devrait suivre le même régime que la pension instituée judiciairement, c'est à dire : déductibilité pour le foyer qui la verse et imposition pour le foyer qui en bénéficie au titre du rattachement fiscal.

§ 3 - Taxe d'habitation

La notion d'enfant à charge au regard de la taxe d'habitation est appréciée de manière identique à celle de l'imposition sur le revenu.

Il faut noter que la prise en compte directe de la charge d'enfant dans le calcul de la taxe d'habitation, peut dans certains cas, se cumuler par sa prise en compte indirecte. En effet, certains contribuables qui bénéficient de la reconnaissance de la charge d'enfant voient leur quotient familial augmenter et donc leur impôt diminuer ce qui peut conduire à une non-imposition sur le revenu et à un dégrèvement de la taxe d'habitation au titre de l'article 1414 A du Code général des impôts.

La question du calcul de la taxe d'habitation est d'autant plus importante que c'est la prise en compte de la surface habitable en fonction des personnes y vivant, et en particulier les enfants. Les deux parents ont bien les mêmes droits et devoirs d'accueillir, d'héberger, d'avoir sous leur toit, dans leur maison leur enfant (article 371-2 du Code civil). Les

enfants de parents séparés ou divorcés ont bien deux résidences. La question est de savoir, si tant pour la résidence habituelle que lors des droits de visite et d'hébergement, si la fiscalité reconnaît à chacun des deux parents, séparés ou divorcés, les moyens immobiliers et mobiliers de respecter ces mêmes devoirs au bénéfice de l'enfant. De plus, le critère de résidence habituelle n'est pas un critère mentionné dans les textes et notamment dans l'article 196 du Code général des impôts.

Section 4 : LA SECURITE SOCIALE, L'AIDE SOCIALE ET AUTRES PRESTATIONS

Les enfants à charge sont pris en compte dans les domaines de l'assurance primaire et donc aussi par les assurances complémentaires, mais surtout par ce que l'on pourrait appeler son domaine de prédilection : l'aide sociale.

Article L. 512-3 du Code de la sécurité sociale.

Sous réserve des règles particulières à chaque prestation, ouvre droit aux prestations familiales :

1° tout enfant jusqu'à la fin de l'obligation scolaire ;

2° après la fin de l'obligation scolaire, et jusqu'à un âge limite, tout enfant dont la rémunération éventuelle n'excède pas un plafond ;

3° tout enfant d'âge inférieur à un âge limite, et dont la rémunération n'excède pas le plafond mentionné au 2°, à condition qu'il poursuive des études, ou qu'il soit placé en apprentissage ou en stage de formation professionnelle au sens du livre IX du Code du travail, ou qu'il ait droit à l'allocation d'éducation spéciale ou se trouve, par suite d'infirmité ou de maladie chronique, dans l'impossibilité constatée de se livrer à une activité professionnelle.

§ 1 - La sécurité sociale et assimilées

Les enfants sont comptés en principe parmi les "ayants droits".

A) Note sur les terminologies en matière d'assurances maladies

Il convient en matière de remboursement de frais de santé, de faire la distinction entre les différentes terminologies.

- L'assuré : la personne qui est assuré social, car il cotise.
- L'allocataire : la personne du chef de laquelle s'ouvre le droit aux allocations (Article R. 513-1 du Code de la sécurité sociale).
- L'ayant droit : la personne qui bénéficie des prestations ou assurances par l'intermédiaire de l'allocataire (par exemple les enfants à charge).
- L'attributaire : la personne qui reçoit ou qui encaisse le remboursement des prestations pour l'assuré ou l'ayant droit. Article R. 513-2 du Code de la sécurité sociale.

En général, l'attributaire est la même personne que l'allocataire, mais pas toujours. Pourtant, les divers organismes ont tendance à simplifier et parfois aux dépens des parents qui ne bénéficient pas de la résidence des enfants.

Il est à noter que pour les cas de parents séparés ou divorcés, et lorsque l'enfant réside chez un seul des parents, c'est la situation la plus complexe qui est donc à même de pouvoir répondre à l'ensemble de la problématique.

- 1^{ère} hypothèse : si la mère n'est pas assurée sociale, le père qui est assuré social est l'allocataire pour ses enfants et sera généralement l'attributaire. La mère pourra aussi et logiquement être attributaire puisque les enfants vivent sous son toit.
- 2^{ème} hypothèse : la mère et le père sont tous deux assurés sociaux,
 - en cas d'accord, il convient de choisir l'allocataire pour les enfants en raison du droit d'option de l'article R. 513-1 alinéa 2 du Code de la sécurité sociale,
 - en cas de désaccord et si aucune décision de justice ne le mentionne, il est admis conformément à l'article R. 513-1 dernier alinéa du Code de la Sécurité sociale que l'allocataire des enfants sera celui chez qui résident habituellement ceux-ci. L'attributaire sera donc ce parent, cependant le père pourra être ponctuellement l'attributaire.

Remarques :

Un parent allant chez le pharmacien, peut ne pas régler les dépenses de santé de son enfant, et demander que le praticien se fasse payer les médicaments directement par la caisse d'assurance. Dans ce cas, le pharmacien n'a pas la charge effective et permanente de l'enfant, n'a pas la résidence de l'enfant, n'est ni parent, ni allocataire, ni ayant droit, et pourtant il se fait rembourser parce qu'il est l'attributaire.

Cependant, certaines caisses primaires d'assurances maladies retiendraient qu'un parent qui a la charge effective et permanente de l'enfant sans en avoir la résidence habituelle, ne puisse pas prétendre au remboursement. Ces caisses ne font pas la distinction entre allocataire et attributaire (voir réponse ministérielle publiée au J.O. – A.N. du 03 mai 1999 page 2683 à la question écrite n° 23039 de monsieur Baert et publiée au J.O. – A.N. du 21 décembre 1998).

Si le cas se reproduit, le pharmacien a mémorisé les renseignements relatifs à l'enfant et au parent, et obtient le paiement de ses médicaments directement par la caisse.

Certaines caisses permettent le rattachement aux comptes des deux parents et ce, en toute connaissance de l'article L. 313-3-2° du code de la sécurité sociale, qui prévoit qu'on ne peut être ayant droit que d'un seul assuré. Ce principe semble être adopté d'une manière étendue, et pourrait être repris et généralisé par le ministère de la famille à la suite de la conférence de la famille du 15 juin 2000.

B) La prise en charge des frais de santé

1) La notion de charge effective et permanente

a) *L'appréciation de la charge parentale conjointe*

Pour rappel :

Les deux parents ont tous deux les mêmes droits et devoirs comme le prévoit la loi du 8 janvier 1993 où l'exercice conjoint de l'autorité parentale est la règle de base. Cette charge est effective d'une manière permanente du 1er janvier au 31 décembre de chaque année.

L'article 371-2 du Code civil indique "*L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation.*" Cette charge est effective d'une manière permanente du 1er janvier au 31 décembre de chaque année.

Les deux parents accueillent l'enfant chez eux puisque, sauf exception, l'enfant réside habituellement chez l'un, mais réside aussi chez l'autre lors des droits de visite et d'hébergement, ceci en alternance quels que soient la fréquence ou rapport de durée. Mais rien ne permet de rejeter l'un des parents au seul motif de non-permanence de charge, puisque l'autre parent ne reçoit pas non plus l'enfant d'une manière permanente.

Les deux parents contribuent donc bien matériellement à l'éducation de l'enfant et souvent, l'un des parent paie bien en plus une pension alimentaire, ceci pour valoir chaque jour de l'année. Cette charge est effective d'une manière permanente du premier janvier au 31 décembre de chaque année.

Ces éléments d'appréciation impliquent qu'il y a bien une notion de charge effective et permanente pour les deux parents. Mais selon l'article R. 513-1 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale, "*l'allocataire est celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant*". L'enfant vit pourtant aux deux foyers des parents, la seule différence est peut-être que parfois, le temps passé chez l'un ou chez l'autre est un peu différent.

b) Les indications, les directives et les jurisprudences

La Caisse Nationale d'Assurance Maladie indique que "*la notion d'enfant à charge est remplie dès lors que le parent divorcé ou séparé verse une pension alimentaire lorsque le juge ne lui a pas confié la garde ou la résidence principale de ses enfants*" (directive ministérielle, Direction Générale de la Sécurité sociale, n°Ga-2-125 du 24 janvier 1961).

Selon la MGEN dans son bulletin de janvier 1994 et page 15 : "*Définir l'enfant à charge : avoir un enfant à charge c'est assurer financièrement l'entretien de cet enfant et en assumer la responsabilité affective et éducative.*"

Le Conseil d'Etat a admis depuis longtemps que le parent qui participe à l'entretien de l'enfant assumait la charge de celui-ci et lui donnait vocation à bénéficier des prestations familiales. Dans l'arrêt du 10 juin 1966 (req. 59197, sieur Hecht, pièce 31), on peut lire les observations suivantes du commissaire du Gouvernement. "*...C'est afin d'éviter ce résultat et d'accorder pratiquement à tout fonctionnaire participant à l'entretien d'enfants le complément familial de traitement que votre jurisprudence, depuis une vingtaine d'années, a dégagé une interprétation souple de la notion d'enfant à charge. Pour cela elle s'est fondée sur les termes généraux de l'article L.511 (ancien) du Code de la sécurité sociale, qui donne vocation à bénéficier des prestations familiales à toute personne ayant à sa charge, comme chef de famille ou autrement, un ou plusieurs enfants. Elle a considéré que tout fonctionnaire qui figurait parmi ces personnes ayant vocation à bénéficier des prestations familiales pouvait prétendre à l'octroi du complément familial de rémunération, même si c'était à une autre personne que le décret du 10 décembre 1946 reconnaissait la qualité d'allocataire. Une décision de Section du 11 janvier 1946, Provenchère, p.8, avait déjà amorcé ce système sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 22 août 1946, à propos de l'indemnité familiale de résidence des agents de l'Etat prévue par la loi du 30 octobre 1941 : vous avez alors jugé que, les parents divorcés étant tenus en vertu de l'article 303 (ancien) du Code civil de contribuer à l'entretien de leurs enfants, les enfants d'un fonctionnaire divorcé étaient juridiquement à sa charge et lui*

ouvraient droit à l'indemnité familiale même s'il n'en avait pas la garde," etc. L'ancien article 303 du Code civil indiquait : "Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leur enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés." En effet, l'ancien article 303 stipulait que les parents "conserveront respectivement...".

La Cour de Cassation estime en son arrêt du 31 mars 1994 que : Les allocations familiales étant versées à la personne qui assume, dans quelques conditions que ce soient, la charge effective des enfants. Il en résulte que la résidence de l'enfant au domicile de ses parents n'est pas une condition d'attribution de cet avantage. (Cass. Soc. 31 mars 1994, réf.808 : CAF de Paris C. Desindes et autre Pourvoi N°91.21.376Q). La Cour a considéré que le père divorcé qui avait continué de verser à sa fille l'équivalent d'une pension alimentaire bien que celle-ci ne résidait plus à son foyer avait continué à "assumer, dans quelques conditions que ce soient, la charge effective et permanente de l'enfant" selon l'article L521-2 du Code de la sécurité sociale.

2) Le remboursement peut être fait tant à l'un des parents qu'à l'autre

Le rattachement des enfants à l'un des parents n'est pas forcément un critère de non-remboursement à l'autre parent qui a engagé des frais. Le non-remboursement des frais engagés par le parent ne bénéficiant pas du rattachement de l'enfant sur son compte, mais remplissant certaines conditions et notamment celles de parent ayant ce même enfant à charge, est contraire à certains textes.

Contraire à l'avis de la CNAM qui dans son bulletin Info C.N.A.M. numéro 348 du 30 août 1994 rappelle que, *"En cas de séparation des parents, le remboursement des frais engagés pour les enfants peut être effectué ponctuellement sur le compte du parent qui n'assume pas la garde habituelle de ceux-ci."* (Titre : Prise en charge des enfants en cas de séparation des parents, Source : DGR-Réglementation JLS/CG). La mise en œuvre de cet avis est faite avec le formulaire : n° 11-87 CPAM 00.00166.9.

Contraire à l'équité et notamment contraire à la circulaire du Premier Ministre (PRMX 95 du 9 février 1995, JO du 15 février 1995) relative aux réclamations des administrés, qui dispose au 5ème alinéa du paragraphe 2-3-e. *"En préparant la réponse, vos services ne doivent pas s'en tenir exclusivement à une analyse juridique étroite du problème posé. Il faut qu'ils prennent aussi en compte les considérations de fait qui peuvent être pertinentes. La rigueur du raisonnement juridique ne doit pas exclure le sens de l'équité, en particulier lorsque l'administration a le choix entre plusieurs solutions juridiquement acceptables. Je souhaite que les recours administratifs soient examinés non seulement sous l'angle du droit mais aussi avec la volonté de parvenir à un arrangement satisfaisant dans tous les cas où cela est juridiquement possible et n'est pas contraire aux intérêts généraux dont le service public a la charge."*

Contraire au droit international applicable en France et notamment à l'article 26, 2. de la Convention internationale des Droits de l'Enfant qui dispose que *"Les prestations doivent, lorsqu'il y a lieu, être accordées compte tenu des ressources et de la situation de l'enfant et des personnes responsables de son entretien, ainsi que de toute autre considération applicable à la demande de prestation faite par l'enfant ou en son nom."*

C) Conclusion

L'intérêt de l'Enfant, n'est-il pas que ce dernier bénéficie d'une couverture sociale auquel il a droit. Dans le cas où le droit à cette couverture serait minimisé par un organisme en raison de la situation familiale de l'un des parents, cela pourrait conduire ce même parent à priver de soins l'enfant en raison du non-remboursement des frais qu'il devrait engager.

§ 2 - La retraite et la notion d'enfant à charge

Le fait d'avoir ou d'avoir eu des enfants à charge à une incidence dans le droit à la retraite.

Trois questions écrites retracent l'état de la problématique et mettent en évidence l'état de la situation tant en droit interne que celle vis-à-vis du droit communautaire. Le rédacteur du présent mémoire étant à l'origine des questions posées par les parlementaires, il souhaite en faire part directement.

A) Retraite des fonctionnaires ayant au moins quatre enfants

Ministère de dépôt : Fonction publique

Question écrite N° 24397 du 13/04/2000 page 1346 avec réponse posée par VASSELLE (Alain) du groupe RPR.

M. Alain Vasselle attire l'attention de M. le ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat sur les souhaits exprimés par bon nombre de fonctionnaires préoccupés par l'avenir de leurs retraites et pensions liées à leur situation de famille. En effet, le Code des pensions civiles et militaires de la fonction publique énonce, au titre III, chapitre Ier, en son article 12, que les femmes fonctionnaires bénéficient d'une bonification. Aujourd'hui, notre pays compte encore 7 800 000 familles, dont seulement 100 000 ont quatre enfants et plus. Ces hommes et ces femmes ont consacré bon nombre de leur temps de loisirs et de leur budget à leurs enfants et ont rendu un service incommensurable à la France tant sur le plan démographique que civique. Ils ont ainsi respecté les orientations des pouvoirs publics, toutes tendances politiques confondues, à participer efficacement au renouvellement des générations futures. Ces familles dont les parents sont fonctionnaires auraient souhaité qu'une bonification leur soit accordée au moment de la retraite et qu'un complément financier soit attribué aux hommes et femmes fonctionnaires ayant quatre enfants et plus pour chacun de leurs enfants légitimes ou naturels. Cette question semble d'actualité et le coût ne semble pas insurmontable compte tenu du faible nombre de familles concernées. En conséquence, il le remercie à l'avance de bien vouloir lui indiquer la position ministérielle face à cette question et lui préciser les perspectives d'action face à cette préoccupation de bon nombre de fonctionnaires futurs retraités.

Ministère de réponse : Fonction publique - Publiée dans le JO Sénat du 08/06/2000 page 2087.

Réponse. - Le Code des pensions civiles et militaires de retraite prend en compte les contraintes résultant des charges de famille selon deux dispositifs. L'article L. 12 b accorde aux seules femmes fonctionnaires une bonification pour chacun de leurs enfants, afin de compenser les interruptions de carrière qu'elles subissent en raison des

maternités et du rôle spécifique qu'elles remplissent dans la cellule familiale. Cette bonification est actuellement examinée en fonction de ces considérations et des exigences du droit communautaire qui pose pour principe de base l'égalité de traitement entre hommes et femmes. L'article L. 18 fait bénéficier l'ensemble des fonctionnaires ayant élevé trois enfants pendant neuf ans au moins, sans distinction de sexe, d'une majoration fixée à 10 % du montant de la pension. Cette majoration est augmentée de 5 % par enfant supplémentaire dans la limite des émoluments ayant servi de base de calcul à la pension. La situation des parents de famille nombreuse est donc bien prise en compte par l'octroi de ce complément de majoration qui croît avec le nombre d'enfants. La proposition formulée ici vise à améliorer encore les avantages financiers consentis en la circonstance à partir de quatre enfants et plus. La politique familiale constitue une préoccupation constante du Gouvernement. Toutefois, ce dispositif paraît déjà répondre, dans une large mesure, au souci de favoriser les fonctionnaires qui ont assuré l'éducation d'une famille nombreuse. C'est pourquoi, il n'est pas envisagé actuellement de modifier les dispositions en vigueur.

B) Disparité de traitement en matière de retraite entre parents divorcés

Ministère de dépôt : Emploi

Question écrite N° 23101 du 02/03/2000 page 736 sans réponse posée par BAYLET (Jean-Michel) du groupe RDSE.

M. Jean-Michel Baylet attire l'attention de Mme le ministre de l'emploi et de la solidarité sur la disparité de traitement en matière de retraite entre parents divorcés. Il apparaît, en effet, qu'une mère ayant à charge un ou plusieurs enfants bénéficie d'un calcul de pension plus favorable qu'un père qui se trouverait dans le même cas de figure. Ainsi, sur la base des salaires d'activité, une femme divorcée bénéficie d'une année supplémentaire par enfant à charge, ce que le père dans le même cas de figure ne peut revendiquer. Le volontarisme qui caractérise l'action gouvernementale en faveur de l'égalité de tous les citoyens en matière de retraite implique de tenir compte de l'ensemble des hypothèses qui conditionnent l'avenir de notre système de retraite. L'approche universelle, exprimée avec lucidité par le rapport Teulade sur "L'avenir des systèmes de retraites", s'inscrit ainsi dans cette volonté d'harmoniser durablement l'accès aux droits. Il convient ainsi d'éviter une discrimination supplémentaire quant à l'accès à un régime de droit direct. Par conséquent, il demande quelles peuvent être les mesures à envisager pour aboutir à une réelle égalité en matière de recouvrement des pensions, visant à gommer ces différences de calcul entre ayants droit divorcés.

C) Droit à la retraite avec jouissance immédiate

Question sollicitée récemment à un parlementaire.

Fonctionnaires - Pères de trois enfants. Droit à la retraite avec jouissance immédiate.

Application de la directive CE du 20 décembre 1996.

Monsieur le Sénateur attire l'attention du Ministre chargé de la fonction publique, de la réforme de l'Etat et de la décentralisation et du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sur le retard pris par la France à transposer dans le Code des pensions civiles et militaires de retraite les dispositions de la Directive CE du 20 décembre 1996.

L'article L24-3° dudit Code dispose que la jouissance de la pension civile est immédiate pour les femmes fonctionnaires mères de trois enfants élevés dans les conditions prévues au paragraphe III de l'article L18.

La directive CE n°96-97 du Conseil du 20 décembre 1996 (JOCE L46, 17 février 1997, p 20) modifiant la directive CEE n° 86-378 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale interdit toute discrimination directe ou indirecte, notamment dans les droits à la retraite. Elle exige que les Etats membres de la CE mettent en vigueur les dispositions législatives réglementaires et administratives nécessaires au plus tard le 1^{er} Juillet 1997. Or, à ce jour, le parlement n'a été saisi d'aucun projet de loi en vue d'étendre aux pères fonctionnaires les dispositions favorables aux mères fonctionnaires. La Directive CE du 20 décembre 1996 rappelle que l'article 119 du traité instituant la Communauté européenne est d'applicabilité directe. Il s'impose à tout juge et à tout employeur. Il appartient aux personnes physiques et morales d'assurer la protection desdits droits.

Aussi il demande aux Ministres compétents, si en l'absence de textes législatifs et réglementaires de transposition du droit européen, il ne conviendrait pas qu'ils donnent néanmoins toute instruction aux services chargés de la liquidation des pensions de retraite pour recevoir favorablement les demandes de mise à la retraite sans condition d'âge des pères fonctionnaires ayant élevé trois enfants pendant neuf ans ?

Il faut donc, pour bénéficier des avantages liés à la charge d'enfant, être fonctionnaire ou femme. Les autres, comme les personnes du secteur privé ou tout simplement les hommes, n'ont aucune prérogative particulière.

§ 3 - Supplément familial de traitement des fonctionnaires

Lorsqu'un fonctionnaire est parent, il perçoit un supplément de traitement pour les enfants qu'il a à sa charge.

Le point intéressant sur cette prestation est qu'elle ne serait pas une prestation familiale selon la jurisprudence mentionnée dans la Gazette du palais. Le tribunal administratif de Dijon, 27 décembre 1988 : *"Il résulte des articles 10 et 12 du décret du 19 juillet 1974 modifié relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'Etat, que les conditions d'attribution du supplément familial de traitement tiennent exclusivement compte de la nature de la rémunération et de l'existence d'un ou de plusieurs enfants à charge, au sens que le Code de la sécurité sociale donne à cette notion. Un agent public, qui assume la charge effective et permanente de ses deux enfants, a droit au versement du supplément familial de traitement. La circonstance que son épouse perçoive également celui-ci ne fait pas obstacle au versement des sommes litigieuses à l'intéressé, dès lors qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit le cumul des prestations. S'il résulte en effet de l'article R 513-1 C. secur. soc. que «le droit aux prestations familiales... n'est reconnu qu'à une seule personne au titre d'un même enfant», il résulte également de l'article 10 du décret précité et du titre II du livre V du même code, que le supplément familial de traitement n'est pas une prestation familiale."*

Un autre point est précisé par la Cour de Cassation. Le supplément familial de traitement que perçoivent les fonctionnaires qui ont des enfants, ne suit pas la résidence des enfants et reste acquis au conjoint fonctionnaire, même s'il n'a pas la résidence des enfants (Cass. civ. II, 14 /11/75 : Bull. civ. II, n. 291).

Il s'agit de la combinaison de la condition de fonctionnaire et celle d'avoir des enfants à charge. Toute l'ambiguïté tient dans le fait qu'un fonctionnaire peut avoir des enfants à charge sans en avoir la résidence. Là encore, l'idée générale mais néanmoins désuète et inopérante, est que la charge d'enfant serait synonyme de résidence et réciproquement. Il n'en est rien, et pour exemple, les enfants internes ne sont pas à la charge de l'établissement scolaire qui ne reçoit d'ailleurs aucune prestation à ce titre., Un arrêt a été rendu dans ce sens (CE,10 juin 1966. Section.- 59.197. Sieur Hecht, développé précédemment).

Le droit social tend de plus en plus à voir dans les enfants eux-mêmes les titulaires des revenus constitués par les allocations familiales ou les divers compléments de rémunération attribués à raison des charges de famille, mais sans préciser qui en sont les gestionnaires et les attributaires ?

Chapitre 2 : LA LECTURE DU TEXTE

A la lecture des textes, nous constatons qu'ils sont très imprécis quant à la définition de la notion d'enfant à charge, chaque domaine a une approche relativement différente voire "graduelle" de cette notion. Nous avons cité ci-dessus le cas du Code de la sécurité sociale qui ne définit pas réellement la notion d'enfants à charge mais définit les modalités de sa prise en compte.

Les textes du Code de la sécurité sociale indiquent la notion d'enfant à charge effective et permanente pour définir les ouvertures de droits, puis dans le cas de pluralité de personnes dans cette situation, comme dans le cas de parents ayant des foyers distincts, l'article R 513-1 précise que "*l'allocataire est celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant*". Lorsque l'enfant a deux parents qui vivent séparément et que l'enfant vit aux deux foyers, il y a un vide juridique qui oblige finalement à opter pour l'un ou pour l'autre sachant que ce choix est un choix difficile puisqu'il ne correspond pas à une réalité pour ces parents là.

Le Code du travail est un des rares textes qui donne réellement une précision sur les enfants qui sont définis à charge. Cette définition ne concerne malheureusement qu'un cas particulier qui est celui des enfants pour qui une pension est versée. Elle n'est d'ailleurs pas satisfaisante pour beaucoup de parents. Pour rappel, l'article R 145-2 alinéa 2, indique : "*Est également considéré comme étant à charge tout enfant à qui ou pour le compte de qui le débiteur verse une pension alimentaire*".

La lecture du texte se trouve donc bien réduite et conduit à des interprétations voire des dérives de cette notion. En résumé cela se traduit systématiquement, et y compris dans les domaines régis par le Code du travail, par le fait que le foyer où vivent les enfants serait le fait générateur de charge d'enfant. C'est, de fait, la négation de la loi Malhuret du 22 juillet 1987 où le législateur avait justement voulu légaliser l'exercice conjoint de l'autorité parentale sous tous ses aspects et donc le facteur de co-responsabilité des parents. Ce point est capital car il pourrait expliquer les difficultés relatives de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Si l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'est pas reconnu dans sa totalité, cela démontrerait une fois de plus que les questions matérielles seraient malheureusement les moteurs de notre société. Ce serait aussi la démonstration d'une inadéquation entre les questions matérielles et la réalité des faits et des responsabilités parentales.

Nous constatons même, y compris dans les milieux judiciaires comme chez les magistrats, les avocats, et même chez certains juristes que le principal terme employé pour définir la charge effective et permanente est celui de "garde", alors qu'il n'est qu'un vestige des années 1970 à 1987 qui persiste à entraver la réelle et complète coresponsabilité des parents, la notion de co-parentalité, et leur traduction actuelle par le législateur.

Notre législation et la pratique semblent dévier des fondements de cette notion de charge que l'on trouve dans l'article 371-2 du Code civil "*L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation.*"

PARTIE 2 : LES PRATIQUES DE LA NOTION D'ENFANT A CHARGE EFFECTIVE ET PERMANENTE

TITRE 1 : LES INCOHERENCES PRATIQUES DE LA NOTION DE CHARGE

Chapitre 1 : L'ETAT DES DIVERGENCES DANS LA FAMILLE ET LES CONFLITS PARENTAUX

Les divergences et imprécisions sont "des failles" dans lesquelles s'engagent les "postulants à la charge d'enfant" et ce, d'autant que les enjeux matériels sont importants dans une société où l'aide sociale a pris une ampleur considérable.

L'enfant se trouve donc support d'aide alors qu'il devrait être, à l'inverse, un sujet de précautions et de protections particulières. Cette problématique prend, comme citée précédemment, une réelle ampleur dans les conflits familiaux. Le point de départ juridique est donné lors des prémices de la procédure de divorce ou requête après séparation. En effet, c'est au début de ces procédures qu'est souvent demandée une aide juridictionnelle conditionnée par les plafonds de ressources, plafonds majorés pour enfants à charge. Il est curieux de constater que des majorations sont accordées en ce sens seulement à l'un des parents alors que le bénéficiaire des avantages octroyés en considération de la présence d'enfants n'est pas encore reconnu puisque cela constitue souvent un des objets du litige.

Section 1 : GENERALITES

Nous avons approché le plan juridique de la notion de charge. Mais qu'en est-il sur le plan pratique ? On peut imaginer facilement que l'enfant vivant dans un couple parental uni, est bien à la charge de ses deux parents. Mais, est-ce que le seul fait que les parents soient séparés transforme la charge bi-parentale en charge monoparentale ? Est-ce que

comme dans la majorité des cas étudiés ci-avant, un seul des parents peut se prévaloir d'avoir les enfants à charge ?

S'agit-il d'une "charge permanente et effective" supportée par un seul des parents comme semble le prétendre la majorité des textes et des habitudes sociales et administratives ?

S'agit-il d'une "charge" glissant alternativement de l'un à l'autre ? Dans cette hypothèse, la permanence et l'effectivité seraient remises en question pour chacun des deux parents.

S'agit-il d'une "charge" partagée et conjointe où chacun des parents exerce une partie effective et permanente de la charge ?

Section 2 : LA CHARGE TEMPORELLE

§ 1 - Les apparences

En apparence, un seul des parents séparé supporterait la charge effective et permanente des enfants. C'est aussi ce que beaucoup de textes cités précédemment laisseraient entendre. Mais, est-ce que cette optique ne serait pas la persistance des anciennes pratiques aujourd'hui abandonnées où un seul des parents avait la "garde" ? L'étude des paragraphes suivants apportera quelques éclairages sur la question.

§ 2 - Les réalités

Nous allons présenter la répartition du temps de présence de l'enfant chez chacun de ses parents, ceci avec différents cas types de droit de visite et d'hébergement.

Dans un souci de réalité pratique, nous appellerons les parents A et B pour éviter de les désigner père et mère, et donc sans faire de différence sexuée ni sexiste. Effectivement un constat a été fait que les décisions de justice sont souvent empreintes de distinctions sexuées voire de discriminations sexistes comme l'a démontré dans un autre domaine juridictionnel la brillante étude réalisée de Mme France-Line Mary et publiée dans le bulletin "Questions pénales" de décembre 1996 du Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP), enquête réalisée à la demande du ministère de la justice.

Nous prenons l'exemple d'un enfant de 10 ans en classe de CM2 de la zone B.

1) Premier cas

Droits de visite et d'hébergement du parent A : 1/2 vacances scolaires.

		Parent A		Parent B		Ecole
Temps passé		soit 18,21 %		soit 70,79 %		soit 11 %
Nuits sur	365 :	67	soit 18,36 %	298	soit 81,64 %	
Repas sur	730 :	108	soit 14,79 %	622	soit 85,21 %	

2) Deuxième cas

Droits de visite et d'hébergement du parent A : 1/2 vacances ; 1ère, 3ème et 5ème fins de semaine, de la sortie des classes le samedi au dimanche 19 h.

		Parent A		Parent B		Ecole
Temps passé		soit 24,93 %		soit 64,07 %		soit 11 %
Nuits sur	365 :	86 soit 23,56 %		279 soit 76,44 %		
Repas sur	730 :	165 soit 22,60 %		565 soit 77,40 %		

3) Troisième cas

Droit de visites et d'hébergement du parent A : 1/2 vacances ; 1ère, 3ème et 5ème fins de semaine, de la sortie des classes le samedi au lundi à la rentrée des classes.

		Parent A		Parent B		Ecole
Temps passé		soit 27,97 %		soit 61,03 %		soit 11 %
Nuits sur	365 :	105 soit 28,77 %		260 soit 71,23 %		
Repas sur	730 :	207 soit 28,36 %		523 soit 71,64 %		

4) Quatrième cas

Droit de visites et d'hébergement du parent A : 1/2 vacances ; 1ère, 3ème et 5ème fins de semaine, de la sortie des classes le samedi au lundi à la rentrée des classes ; 2ème et 4ème milieux de semaine, de la sortie des classes le mardi au jeudi à la rentrée des classes.

		Parent A		Parent B		Ecole
Temps passé		soit 35,46 %		soit 53,54 %		soit 11 %
Nuits sur	365 :	137 soit 37,53 %		228 soit 62,47 %		
Repas sur	730 :	255 soit 34,93 %		475 soit 65,07 %		

5) Cinquième cas

Droit de visites et d'hébergement du parent A : 1/2 vacances ; 1ère, 3ème et 5ème fins de semaine, de la sortie des classes le vendredi au lundi à la rentrée des classes ; 2ème et 4ème milieux de semaine, de la sortie des classes le mardi au jeudi à la rentrée des classes.

		Parent A		Parent B		Ecole
Temps passé		soit 39,79 %		soit 49,21 %		soit 11 %
Nuits sur	365 :	156 soit 42,74 %		209 soit 57,26 %		
Repas sur	730 :	274 soit 37,53 %		456 soit 62,47 %		

Non déduit le temps entre douze et quatorze heures où l'enfant peut manger à la cantine et qui, lorsque c'est le cas, réduit d'autant l'écart entre les deux parents.

Conclusion : Le temps d'école étant de 11 % il est évident, comme dans le dernier tableau, que les temps de présence ne sont pas toujours si différents entre le parent A et le parent B. La charge temporelle ne peut donc être revendiquée par un seul parent mais dans des proportions allant de un tiers à la moitié à chacun des parents.

Section 3 : LA CHARGE MATERIELLE

§ 1 - Généralités

Dans les situations de couples unis, la contribution réalisée par chacun des parents s'effectue en argent et en nature ainsi que dans des proportions réparties librement entre les parents. Ce qui est corroboré par les textes comme les articles 208 à 211 du Code civil qui reconnaissent la contribution en nature.

Le seul fait d'un début de divorce et la décision par le juge aux affaires familiales de la contribution d'un des deux parents par le biais d'une pension alimentaire, n'oblige pas du tout ce parent à ne plus contribuer seulement par une pension alimentaire en excluant toute contribution en nature. L'article 293 indique "*La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants prévue à l'article 288 prend la forme d'une pension alimentaire...*". On ne peut pas prendre en considération ce texte de la façon la plus réductrice, celle-ci supposant que la contribution en nature, ne soit pas réellement prise en compte au titre de contribution. L'article 288 du Code civil vient seulement compléter l'obligation d'entretien (article 203) et la contribution sous forme de pension alimentaire n'est que la compensation du déséquilibre des charges de chacun des parents, à proportion des besoins de l'enfant et des facultés respectives (article 208). D'ailleurs, une des plus hautes institutions de notre pays la reconnaît comme, par exemple, dans la déduction fiscale des avantages immobiliers en faveur des enfants (cité ci dessus dans les questions fiscales : CE n°74860, RJF 2/93 n°173).

Rappelons toutefois que l'article 293 s'applique essentiellement pour préciser les modalités de versement de la contribution dans le chapitre "*Les conséquences du divorce pour les enfants*", et qu'il n'a donc pas pour vocation de fixer les modalités de la contribution en faveur des enfants naturels bien que les pratiques judiciaires usuelles assimilent sur ce point ce qui concerne l'enfant naturel à ce qui concerne l'enfant légitime. Ce texte n'étant pas non plus une ouverture de droit, il n'y a donc pas lieu de se prévaloir de l'article 334 CC "*L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère...*". Rien ne semble donc contredire une contribution en nature pour les enfants naturels.

§ 2 - Les pensions alimentaires

A) Qu'est-ce que la pension alimentaire ?

La contribution sous forme de pension alimentaire paraît permettre de rééquilibrer en toute équité, le différentiel entre les frais engagés par chacun des parents pour leur enfant et on admet également souvent que celui des deux parents ayant les plus hauts revenus paie plus que l'autre (article 208 du Code civil).

Un des deux parents héberge généralement l'enfant de façon principale et l'usage est que l'autre parent lui verse la pension. Ceci étant la persistance des anciennes conséquences du divorce où il y avait éviction quasi complète d'un des deux parents, ce qui n'a plus cours aujourd'hui vu l'exercice conjoint de l'autorité parentale généralisée.

Il faut noter que les aides sociales, les allocations familiales, ainsi que les divers avantages tel le quotient familial et ses incidences sur le montant de l'impôt sur le revenu,

et sur différents abattements, plafonds et autres, tendent à diminuer ce différentiel dans une proportion parfois tout à fait importante.

Pour éviter de créer entre les parents un conflit toujours préjudiciable à l'équilibre et au bonheur de l'enfant, il importe que le montant de la contribution mensuelle sous forme de pension alimentaire soit établi d'un commun accord et à défaut en tenant compte des éléments concrets et objectifs suivants :

- Frais engagés directement par chacun des parents.
- Frais occasionnés aux parents pour aller chercher et/ou reconduire leur enfant chez l'autre parent.
- Montant de la prise en charge sociale de l'enfant (allocations et avantages divers).

Il est à noter que lorsque des parents vivent en bonne entente, la société ne leur impose pas une dépense minimale pour leurs enfants. Différentes façons d'élever les enfants sont admises et n'imposent pas forcément de grosses dépenses, bourses de vêtements, vacances en famille, etc. Du moment que les enfants ne subissent pas de mauvais traitements et fréquentent l'école, les parents font ce qu'ils veulent de leur argent, et la question de l'intérêt de l'enfant ne se pose pas. C'est comme si l'on pouvait établir un montant minimum indispensable de dépense en deçà duquel l'intérêt de l'enfant serait mis en cause. Au-dessus, les parents sont complètement libres de la gestion de leur budget, même si la part consacrée à leur enfant peut paraître, aux yeux de certains proches, non suffisante.

Mais, les frais engagés par les parents pour leur enfant dépassent généralement de beaucoup le minimum indispensable et, d'une certaine façon, les parents se font ainsi plaisir à eux-mêmes en même temps qu'à leur enfant en dépensant pour eux d'une manière plus confortable. Nous appellerons pour simplifier ce supplément la part de confort, étant entendu, bien sûr, que cette part de confort ne l'est pas tant que cela, et fait partie intégrante de la relation de l'enfant et de ses parents.

Le parent qui ne prend son enfant en charge seulement le week-end et pour les vacances, et le parent qui élève l'enfant au jour le jour se font plaisir à eux-mêmes en dépensant un peu plus dans ce qui est confortable. Libre à chacun de faire des dépenses superflues, ou tout au moins qui peuvent paraître superflues à l'autre parent.

Peut-on accepter facilement de payer à l'autre parent une part de confort et/ou de superflu quand cela compromet la part que l'on veut soi-même dépenser pour son enfant ?

Et quand cela compromet l'indispensable ?

Etant donné que la société n'impose pas aux parents unis un modèle de budget, peut-on imposer, à un parent divorcé de payer plus que l'indispensable à l'autre parent ? Alors que des rancœurs sont difficilement surmontées parfois pour le bien de l'enfant, faut-il courir le risque de provoquer l'éclatement d'un conflit là où des tensions existantes tendaient à s'apaiser ?

Des principes ont été posés plus haut sur l'importance de la prise en compte de divers éléments pour parvenir à un montant équitable. Actuellement ces éléments ne sont pas pris en compte et un calcul sur des bases et des critères concrets éviterait incompréhension, révolte, marginalisation, voire pire.

B) Les pratiques actuelles d'estimations

De plus en plus d'hommes sont forcés de payer des pensions si élevées qu'il ne leur reste rien pour faire des activités avec leurs enfants quand ils les accueillent. Lorsqu'une femme demande 80% du salaire brut du père, les juges accordent entre 40% et 60%. Résultat : certains décrochent, d'autres sont en dépression et d'autres, au bord du suicide. Quel est l'intérêt de la société à briser les pères ?

Certaines études tendent à vouloir démontrer qu'il y a beaucoup de mauvais payeurs de pensions alimentaires. Ces chiffres regroupent ceux qui ne paient rien et tous ceux qui versent de façon irrégulière, en partie, et qui ont parfois des difficultés.

Ne peut-on pas parler dans certains cas d'abus de pension ? Il a été relevé quelques cas d'abus de pension alimentaire, les dossiers ayant été vérifiés.

- Ainsi, Gilles B., pension de 13 718.6 francs par mois ou le patrimoine à 100% (sans payer de pension pendant 4 ans). Son revenu à lui, 17 331.44 francs par mois. On lui demande donc 79% de son salaire brut.
- Yves A., pension de 12 600 francs par mois pour un revenu de 21 269.22 francs, soit 59,24% de son revenu. En appel, le montant de pension est réduit à 10 634.68 francs par mois, soit 50% de son salaire.

De fait, nous avons constaté que les magistrats et même les avocats se bornent à demander un minimum de chiffres mais sans réellement calculer. Nous avons pu déceler plusieurs façons de prendre en compte cette délicate question que nous exposons ci-après.

1) La technique du marchandage

Aucun mode de calcul n'étant édicté par le législateur, c'est la technique du marchandage qui prime puisque le juge demande à l'un des parents ses prétentions et à l'autre d'y répondre.

Souvent chacun des avocats sait, compte tenu des ressources des parents et des pratiques usuelles sinon des habitudes du juge, le montant moyen approximatif qui risque d'être fixé. Il est simple pour chacune des parties de défendre à la hausse ou à la baisse en fonction de la situation de créancier ou d'attributaire, et le marchandage s'installe.

Quels sont les arguments employés la plupart du temps ? Chacun fait valoir schématiquement ses charges réciproques, mais bizarrement personne ne fait la distinction entre crédit pour des besoins peut-être superflus, et des parents gérant en "bon père de famille".

D'autre part, si l'un des avocats fait valoir les frais de droit de visite et d'hébergement, l'autre en minimise l'importance en plaidant que deux fins de semaine par mois cela ne fait que trois jours ! Comme tout le monde le sait, il est évident que pour accueillir l'enfant, le locataire d'un appartement ne paye pas à son propriétaire le montant de la chambre de l'enfant seulement trois jours par mois, les trois jours du droit de visite et d'hébergement. D'ailleurs, pas plus que l'autre parent ne paierait un loyer amputé des jours d'absences de son enfant. Ce point humoristique, mais tout à fait réel, démontre une fois de plus que la notion de charge semble être appréciée d'une manière unilatérale alors que la réalité est tout autre.

2) Les calculs existants et les dérives

Sans doute certaines Cours d'appel donnent-elles, de manière confidentielle, des règles de calcul du type : prendre un quart ou un tiers du salaire et s'arranger pour qu'il reste, dans les cas de faibles revenus, un minimum moins que le R.M.I.. Mais ceci reste très confidentiel car bien évidemment éloigné des textes et de l'esprit des textes. Sachons toutefois que le juge décidera d'une manière souveraine le montant qu'il justifiera par la parole type : "*C'est l'intérêt de l'enfant*" ou bien "*il apparaît équitable de fixer...*"

3) Les comparaisons du "coût de l'enfant"

a) *Introduction*

Tout d'abord, avant toute comparaison, remarquons que les montants des contributions recouvrent, toutes proportions gardées, une très large diversité variant du simple au décuple. Le manque de méthodes, d'estimations fiables, ou même de calculs précis, mais en outre la perception d'appréciations relativement subjectives, entraîne pour beaucoup de parents de forts mécontentements, et pour certains juristes, de fortes interrogations. En effet, quel que soit le montant, si elle est bien acceptée par les deux parents, le calcul n'aura pas beaucoup d'importance. En revanche, face aux mécontentements ressentis, il paraît utile de faire des comparaisons sur les différentes façons d'évaluer le coût de l'enfant.

De plus, un système avec pension mal acceptée et mal vécue ne risque-t-il pas d'entretenir des tensions préjudiciables à l'intérêt de l'enfant ? Ne risque-t-il pas d'être à l'origine de nouveaux procès et de nouvelles modifications des modalités d'exercice de l'autorité parentale et des domiciles de l'enfant ?

Les condamnations à la pension sont-elles dans l'intérêt des enfants ?

Faut-il supprimer ces condamnations tout en laissant à chaque parent la possibilité de payer volontairement une pension si tel est son désir et la possibilité de payer directement aux tiers concernés une partie des frais ?

b) *Par qui sont couverts les besoins d'un enfant ?*

De façon habituelle :

- Par le père.
- Par la mère.
- Par les aides des proches ou des tiers privés.
- Par les différentes instances de la société :
 - Sous la forme d'allocations familiales, prestations diverses.
 - Sous la forme de réduction d'impôts pour enfants à charge et autres avantages.

c) *Les besoins de l'enfant évalués par le juge aux affaires familiales*

Tout le monde sait très bien que les instances judiciaires ne calculent pas vraiment pour évaluer le coût d'un enfant.

Les pensions à payer sont fixées au centime près, de quelques centaines de francs mensuels à plus d'une dizaine de milliers de francs, une évaluation qui semble

mystérieuse tant dans ses méthodes que dans ses résultats. Il apparaît en tout état de cause que les instances judiciaires surestiment la pension du parent n'ayant pas la résidence habituelle, d'ailleurs, ces montants sont très variables suivant les tribunaux ou les Cours d'appel.

d) Les besoins de l'enfant évalués par la caisse d'allocations familiales

Le parent ayant la résidence habituelle, qui ne reçoit pas la pension attendue de l'autre parent, peut dans certaines conditions demander à la C.A.F. une allocation de soutien familial de 482,58 F (au 01/01/2000).

Bien que cette allocation ne se substitue pas intégralement à la pension, on pourrait s'étonner, quelle soit en général bien inférieure à celle fixée par les instances judiciaires et ce, bien que la C.A.F. ait la possibilité de recouvrer ces sommes majorées de frais de gestion.

Il semble donc que cette administration ne voit pas de nécessité de couvrir les besoins tels qu'ils ont été définis par les instances judiciaires.

e) Les besoins de l'enfant évalués par comparaison avec le R.M.I.

Un couple de parents, tous deux au R. M. I., non imposable et ne faisant donc pas d'économie d'impôt de par la présence de son enfant, recevra pour cet enfant un supplément de 765,70 F (au 01/01/2000) s'il n'a pas d'allocation spécifique pour celui-ci. Un parent célibataire touchera dans les mêmes conditions 1 276.17 F (au 01/01/2000).

f) Les besoins de l'enfant évalués selon l'INSEE

Une étude du coût de l'enfant à été publiée par l'INSEE dans la revue Economie et Statistique n° 155 de mai 1983. Selon cette étude, le coût moyen d'un enfant était estimé à 1 370 francs pour les enfants de moins de 5 ans et en moyenne 1 760 francs de 0 à 16 ans. D'autres études ont été réalisées depuis, mais elles sont moins développées et moins ciblées que celle-ci tout en ayant globalement les mêmes résultats, compte tenu des indexations.

Ces chiffres réactualisés sur la base de l'indice des prix à la consommation des ménages urbains sont de 2 103,37 et 2 702,14 francs. Respectivement (au 01/01/2000).

Selon cette même étude, ils se répartissent de la façon suivante :

Habitation	26,3 %	Soit :	38,0 %
Equiperment logement	11,7 %		
Vacances			3,4 %
Loisirs			11,7 %
Alimentation			23,3 %
Transports			9,3 %
Habillement			10,4 %
Santé			4,0 %
			<hr/>
			100 %

Remarque à propos de l'étude de l'INSEE.

Le coût de l'enfant est défini dans cette étude comme le montant des ressources supplémentaires qui seraient nécessaires aux parents pour conserver le même niveau de vie qu'avant l'arrivée de l'enfant.

Ce coût ne tient d'ailleurs pas compte des frais d'exercice du droit de visite et d'hébergement du parent n'ayant pas la résidence habituelle, car cette étude ne se situe pas dans le cadre du divorce ou de la séparation.

g) *Evaluation d'une pension alimentaire tenant compte de l'étude de l'INSEE, des frais d'exercice du droit de visite et d'hébergement, et des ressources sociales de l'enfant*

Premier cas

Hypothèse où les ressources sociales de l'enfant sont supérieures à ses besoins.

Prenons par exemple le cas d'un enfant d'une fratrie de plusieurs, ayant quatre ans dont le coût peut être évalué, selon l'INSEE, à 2 103,37 francs (au 01/01/2000) par mois dont les ressources suivantes peuvent être apportées au budget de l'enfant :

Allocation Familiale	686,55 F	au 01/01/2000
Allocation pour jeune enfant	986,05 F	
Allocation logement obtenue en raison de sa présence	≈ 1 000,00 F	
Remboursement des frais de crèche par les employeurs et un comité de gestion des oeuvres sociales, baisse fiscale	≈ 250,00 F	

TOTAL RESSOURCES	<u>2 922,60 F</u>
Non comptée l'économie d'impôts en le déclarant à charge	≈ 700,00 F

Nous constatons que l'apport social dépasse le coût estimé de l'enfant, et nous pouvons déjà nous interroger afin de savoir si dans ce cas, une pension serait justifiée.

Deuxième cas

Hypothèse où le parent n'ayant pas la résidence habituelle a droit d'hébergement correspondant à une durée globale d'un quart de l'année, mais a quand même à financer en plus une part des frais concernant l'enfant.

Le tableau précédent de l'INSEE n'étant établi que pour un enfant vivant au foyer de ses deux parents réunis, il convient d'évaluer le surcoût lié aux frais inhérents à l'exercice des droits de visite et d'hébergement. Ce surcoût estimé avec un coefficient, modifie le budget global de l'enfant et en particulier double le montant du poste habitation et équipement du logement, comme démontré précédemment.

Postes de budget	Coût en simple résidence		Coût en double résidence avec droit de visite et	
	sur	Montant	Coefficient	Montant
Habitation et équipement logement	38.00%	799.28 F	2.0	1 598.56 F
Vacances	3.40%	71.51 F	2.0	143.03 F
Loisirs	11.70%	246.09 F	1.2	295.31 F
Alimentation	23.30%	490.09 F	1.0	490.09 F
Transports (sauf droit de visite et d'héberg.)	9.30%	195.61 F	2.0	391.23 F
Habillement	10.40%	218.75 F	1.2	262.50 F
Santé (après remboursement)	4.00%	84.13 F	1.0	84.13 F
Total		<u>100.00%</u>		<u>3 264.85 F</u>

Ressources sociales spécifiques pour l'enfant à prendre en considération pour évaluer le budget de l'enfant.

- Economies d'impôts réalisées en tenant compte du coefficient fiscal.
- Allocation logement reçue du fait de la présence de l'enfant.
- Autres allocations versées par la C.A.F.
- Avantages divers accordés par l'employeur (vacances, loisirs, Noël, etc.).
- Avantages accordés par la municipalité (cantine, crèche, loisirs, etc.).
- etc.

Exemple de calcul pour un enfant d'un an et dans la situation identique au cas 1.

Nous pouvons composer un budget-type correspondant à cette situation familiale, en précisant chaque poste et sa répartition possible entre les deux parents : celui qui a la résidence habituelle de l'enfant (parent B), et celui qui ne l'a pas (parent A) tout en ayant à sa charge les dépenses directes et inhérentes au droit de visite et d'hébergement représentant un quart du temps, ceci évalué à 2 103.37 francs à partir de l'étude de l'INSEE citée précédemment et porté à 3 264.85 francs en raison du surcoût lié aux frais inhérents à l'exercice du droit de visite et d'hébergement.

Budget de l'enfant	Total sur	Budget géré par les parents sur un total supérieur			
		Parent A	répartition	Parent B	répartition
Habitation et équipement logement	1 598.56 F	799.28 F	50.00%	799.28 F	50.00%
Vacances	143.03 F	71.52 F	50.00%	71.52 F	50.00%
Loisirs	295.31 F	98.44 F	33.33%	196.87 F	66.67%
Alimentation	490.09 F	122.52 F	25.00%	367.57 F	75.00%
Transport (hors droit de visite)	391.23 F	97.81 F	25.00%	293.42 F	75.00%
Habillement	262.50 F	87.50 F	33.33%	175.00 F	66.67%
Santé	84.13 F	21.03 F	25.00%	63.10 F	75.00%
Sous total partiel	3 264.85 F	1 298.09 F		1 966.76 F	
Transports liés exercice du droit de visite		600.00 F		0,00 F	
Total		1 898.09 F		1 966.76 F	

Nous observons que le parent A qui n'a pas la résidence habituelle dépense déjà sensiblement autant que le parent B. Or, nous n'avons pas encore tenu compte des ressources et avantages sociaux, estimés ci-dessus au cas 1, que reçoit seulement le parent B dont il faut tenir compte en les soustrayant aux dépenses du parent B.

Total précédent	1 898.09 F	1 966.76 F
Economie d'impôts	0,00 F	- 700.00 F
Alloc. familiales, logements, employeurs... (ci-dessus)	0,00 F	- 2 922.60 F
Total	1 898.09 F de dépenses	- 1 655.84 F d'avantages

Ce qui fait une différence de 3 553.93 francs entre les deux parents pour le même enfant.

Nous voyons donc dans cet exemple que :

- Le parent n'ayant pas la résidence habituelle supporte une part très importante de charges fixes alors qu'elles ne sont généralement pas reconnues.
- Le parent ayant la résidence habituelle et bien qu'étant présumé supporter la plus grande partie des charges, voit ces dernières non seulement diminuées par les avantages sociaux, mais aussi par le fait qu'elles sont en réalité et en bonne partie assumées par l'autre parent lors des droits de visite et d'hébergement et par des charges fixes. Nous constatons et notamment dans l'exemple ci-dessus, que la répartition des charges telle qu'elles sont en réalité assumées, conduit parfois à un bénéfice pour l'un des parents.

Il faut aussi signaler que ces budgets n'intègrent pas le prix de la répartition inégale des satisfactions dues au plaisir de pouvoir élever son enfant et à la peine de ne pas y avoir droit, comme l'étude de l'INSEE l'indique.

Faut-il donc que ce soit un seul des deux parents qui bénéficie des économies d'impôts en déclarant l'enfant à charge et qui touche les différentes allocations et prestations sociales ?

Tout au moins, sans doute, chacun des parents séparément pourrait être pris en considération comme étant bien un parent ayant charge effective et permanente de l'enfant.

Les différents tableaux ci-dessus, malgré leur apparente complexité, donnent une image très simple de la part de l'enfant dans le budget familial, d'une part pour un foyer unique, et d'autre part pour des parents séparés. Tous les calculs sont très simples : additions et pourcentages. Une simple calculette utilisée par un enfant de l'école élémentaire peut les effectuer. Cette présentation de calcul a l'avantage d'être basée sur des données objectives et concrètes qui évitent toutes exagérations, d'un côté comme de l'autre. Ceci évitant de plus un marchandage sur des sommes globales et forfaitaires qui n'ont pas de signification précise, hormis la possibilité de "faire payer à l'autre" quelque chose d'immatériel ; ce qu'on trouve souvent dans les divorces et séparations difficiles, sinon conflictuels.

C) Proposition d'une méthode de calcul des "pensions alimentaires"

1) Principe de calcul

Le principe souvent utilisé tenant uniquement compte des salaires des parents, et non des ressources, ainsi que des charges engagées (comme les crédits) est non seulement inéquitable, en inadéquation avec le Code civil (articles 205 à 208 et 288 du Code civil) mais aussi encourage une déresponsabilisation des parents ainsi qu'à une démission.

- En effet, comment est-il possible de déduire (de part et d'autre) les charges d'ordre général avant de fixer une pension ? Ce serait considérer que ces mêmes charges (crédits divers, etc.) sont prioritaires sur le besoin alimentaire de l'enfant ! Ce serait aussi contraire aux principes fondamentaux retenus dans diverses applications du droit qui respectent cette priorité ou hiérarchie des charges, notamment lors des saisies (part de salaire et effets des enfants insaisissables).
- Les parents devraient prioritairement subvenir aux besoins des enfants, les autres dépenses devant être faites sur le budget restant.
- Le fait de tenir compte des charges générales, peut permettre à certains parents (pères ou mères) de contracter des charges artificielles afin de se soustraire à leurs obligations d'entretien.

En outre, il est impératif de tenir compte des frais engagés par le parent exerçant un droit de visite :

- Nous avons vu précédemment que les droits de visites et d'hébergement, en pratique, induisent un temps de présence de l'enfant représentant une charge ainsi répartie :

	Parent "visiteur"	Parent "hébergeant"	A considérer le temps d'école
Temps	18 à 40 %	71 à 49 %	11 %

- Les frais de logement sont fixes quel que soit le taux de présence de l'enfant chez chacun des parents. Les loyers doivent être payés pour des mois complets sans tenir compte du temps partiel de présence de l'enfant, pas plus de l'adulte d'ailleurs. Et c'est pareil pour l'achat d'un logement. Les parents doivent aussi se donner les moyens de recevoir leur enfant d'une manière décente. Il est indispensable de retenir ces frais, d'autant plus que souvent un des parents ne perçoit aucune aide sociale.

Il est indispensable de tenir compte de tous les éléments composant le budget de l'enfant, charges et recettes.

Il est urgent de trouver une méthode intégrant à la fois le droit (articles 205 à 208 et 288 du Code civil) et des principes logiques d'économie familiale. Les facteurs essentiels étant :

- Frais engagés par chacun des parents pour l'enfant.
- Frais occasionnés aux parents pour aller chercher et/ou reconduire leur enfant chez l'autre parent.
- Montant de la prise en charge sociale de l'enfant (allocations, avantages fiscaux et divers).
- Les ressources des parents.

Le calcul pratique :

- Faire la somme des charges dépensées ou prévues, liées à l'enfant (mensualisées),
- Faire la somme des avantages financiers liés à l'enfant (mensualisés),
- Calculer le coût réel de l'enfant (charges - avantages) pour les deux parents,
- Calculer la part de contribution théorique pour chaque parent,
- Calculer le rééquilibrage sous forme de pension alimentaire avec la formule suivante :

Contribution théorique du parent - Charges au parent + Avantages au parent.

- Le versement s'effectuera par le parent dont le solde est positif au profit de celui dont le solde est négatif.

2) Tableau de calcul

Estimation et répartition de la charge mensuelle

a) **Charges réelles estimées liées à l'enfant (mensualisées) :**

Nature	Le père	La mère
Habitation		
Vacances		
Loisirs		
Alimentation		
Transport		
Habillement		
Santé		
Transport /Droit Visite Hébergement.		
Scolarité		
Nourrice		
Autre		
Total		

Total Père + Mère

b) **Avantages financiers liés à l'enfant (mensualisés) :**

Nature	Le père	La mère
Economie d'impôt		
Economie taxe habitation		
Réduction de transports		
Allocations familiales		
Allocations jeune enfant		
Allocations parentale d'éducation		
Allocations rentrée scolaire		
Allocations assistante Maternelle		
Allocations garde enfant		
Allocations soutien familial		
Complément familial		
Supplément familial		
Allocations enfant handicapé		
Allocations logement		
Aides au logement		
Primes déménagement		
Bons vacances		
Primes employeur		
Bourses d'études		
Aides municipales		
Secours d'urgence		
Aide de famille		
Autre		
Total		

Total Père + Mère

c) *Charge mensuelle envisagée par chaque parent*

Calcul du coût réel de l'enfant :

Formule : Total des charges - total des avantages = coût réel de l'enfant

+ Total charges	- Total avantages	= Coût réel enfant(s)

Contribution théorique pour chaque parent :

Le calcul théorique pour chaque parent se réalise selon le coût réel de l'enfant à répartir à proportion des ressources des parents comme il est indiqué dans les articles 208 et 288 du Code civil.

Article 208 du Code civil : "*Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui la réclame, et de la fortune de celui qui les doit.*"

Article 288 du Code civil : "*Le parent chez lequel les enfants ne résident pas habituellement contribue à leur entretien et à leur éducation à proportion de ses ressources et de celles de l'autre parent.*"

Les ressources sont celles qui sont propres aux parents et ne comprennent donc pas les avantages liés aux enfants (déjà comptés plus haut).

A défaut d'autre précision, nous pouvons utiliser le principe du calcul de la proportion par une simple règle de trois, et ceci devrait convenir lorsque les parents ont des salaires moyens dans certaines marges. Cependant, pour les revenus dans les tranches inférieures et ceux des tranches supérieures, les uns par rapport aux autres, on ne pourra sans doute pas adapter une simple règle de trois en raison des limites plancher et des limites plafond.

Formule : Ressources du parent / ressources du couple X Coût réel des enfants = Contribution théorique

	Ressources	Part théorique
pour le père		
pour la mère		

Rééquilibrage mensualisé moyen :

Formule : Contribution théorique du parent - Charges au parent + Avantages au parent = rééquilibrage

pour le père	
pour la mère	

Il pourra être envisagé de rééquilibrer le budget de l'enfant en demandant au parent dont le solde est positif, de bien vouloir prendre en charge une partie des frais engagés par l'autre parent, soit en payant directement certains frais, soit en remboursant à l'autre

parent. C'est cette dernière somme de rééquilibrage qui correspond à la pension alimentaire.

3) Mode de calcul proposé par le président du TGI de Colmar et paru dans la Gazette du Palais de juillet 98

C'est une méthode très proche de celle présentée précédemment, mais elle prend en considération l'environnement des charges externes (crédits, etc.) supportée par le débiteur. Ce principe est tout à fait honorable, mais il oublie celui de la hiérarchie des charges, comme expliqué ci-avant, et justifiant la priorité des enfants sur les crédits et autres dépenses. De plus, il aboutit à un tableau sans doute trop rigoureux qui empêche les parents de gérer eux-mêmes leur propre budget, par rapport à leurs désirs, leurs volontés, leur liberté.

4) Conclusion

Que faut-il préconiser ? Une règle de calcul ? Un barème ou autre chose ?

La règle enferme les parents dans un modèle rigide ne laissant pas de place aux libertés individuelles et notamment celles de pouvoir élever son enfant comme on le souhaite, ou de pouvoir vivre selon ses propres idées. Un barème pose des problèmes car il deviendrait une règle qui enfermerait trop fermement dans un budget type nationalisé sans adaptabilité. La juste mesure pourrait être celle de la liberté tout en gardant une certaine règle dans le calcul comme grande ligne afin de se prémunir des éventuels dérapages ; calcul avec des critères objectifs et concrets. Ainsi, le premier alinéa de l'article 208 du Code civil semble être satisfait dans l'essentiel. Les règles de calcul indiquées ci-avant, ne servant qu'à démontrer que les pratiques observées jusqu'à maintenant ne sont pas adaptées.

Dans d'autres domaines de calculs, par exemple dans la dissolution de la communauté, hormis dans les régimes conventionnels, la liquidation se fait sur la base de la moitié à chacun des époux sans indication particulière qui entraverait les libertés individuelles et les choix de mode de vie. Alors pourquoi un parent se verrait-il obligé de payer certaines dépenses relatives à l'enfant, alors que ce ne serait pas dans son mode de vie ? Ainsi, nous pouvons imaginer que le parent végétarien ayant un jardin avec des légumes aurait un budget alimentaire faible. Au nom de quoi serait-il obligé de payer à l'autre parent des sommes importantes pour la nourriture d'un enfant alors que ces choix de vie seraient différents des siens. Si ces parents étaient unis, personne ne les ennuerait sur ces questions.

Chapitre 2 : L'ETAT DES DIVERGENCES AU REGARD DES INSTITUTIONS ET ORGANISMES

§ 1 - Incidences dans la fiscalité

Nous avons vu que, bien que les enfants puissent être à la charge des deux parents, un seul bénéficie actuellement de la majoration du quotient familial. L'enfant n'est pas reconnu comme faisant partie d'un des deux foyers dont il est fiscalement "radié", quantitativement et arithmétiquement. Cela se traduit sur les déclarations d'impôt par la

formule impérative suivante : "*vous n'avez pas d'enfant à charge*". Or ce n'est pas exact y compris du point de vue du droit, comme nous l'avons vu précédemment. Cela devrait en l'état actuel de la législation, être formulée de la manière suivante : vous avez des enfants à charge, mais ils n'ouvrent pas droit à majoration du quotient familial.

Cette simplification linguistique suscite beaucoup d'interrogations.

Nous constatons que la suppression du bénéfice de la charge fiscale d'un enfant entraîne l'absence de reconnaissance de l'existence même de cette charge, fusse t-elle inégale d'un parent à l'autre. Nous sommes donc dans la situation incohérente où l'attribution ou non des conséquences conditionne la reconnaissance de l'existence de leur propre cause ! A titre de comparaison dans un tout autre domaine, cela pourrait conduire à dire qu'il n'y a pas eu d'accident puisque les blessures ne sont pas indemnissables par l'assurance !

L'explication fournie, afin d'en prétendre la justification, est que l'on ne peut cumuler déduction fiscale et majoration du quotient familial. Signalons toutefois que ces deux points sont de natures totalement différentes et ne peuvent donc se substituer l'un à l'autre. L'un faisant état de la représentation du nombre de personnes du foyer fiscal et l'autre d'une déduction d'une somme n'entrant pas dans les revenus du foyer puisqu'elle est reversée à un autre foyer qui en disposera pratiquement selon son gré même si le but est clairement énoncé par rapport à l'enfant.

§ 2 - Incidences dans la santé et l'aide sociale

Les ressources et avantages sociaux spécifiques à l'enfant telles les économies d'impôts réalisées en déclarant l'enfant à charge, les allocations et les prestations diverses (versées par la C.A.F., les employeurs, etc.) devraient être gérées conjointement par les deux parents dans l'intérêt de l'enfant, et conformément au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

En application de l'autorité parentale exercée en commun et de la plénitude de ce droit, le parent n'ayant pas la résidence habituelle de l'enfant, devrait pouvoir, à minima, être informé du budget de cet enfant, et au mieux, le gérer à égalité avec l'autre parent. Peut-être serait-il intéressant d'en faire un inventaire le plus complet possible... Nous constatons que, bien que les allocations soient, pour la majeure partie, des prestations fournies à l'un des parents pour et à destination de l'enfant, l'autre parent se voit toujours refusés le contrôle et l'information sur ces montants. Le droit et le devoir effectif des deux parents et permanent de surveillance sont donc bafoués par les institutions.

Sachant que les parents ont les mêmes charges effectives et permanentes en vertu de l'article 371-2 du Code civil et que la Cour de Cassation estime en son arrêt du 31 mars 1994 que "*Les allocations familiales étant versées à la personne qui assume, dans quelques conditions que ce soient, la charge effective des enfants. Il en résulte que la résidence de l'enfant au domicile de ses parents n'est pas une condition d'attribution de cet avantage*". Pourtant, les aides sociales sont attribuées pour aider les parents dans leurs droits et devoirs d'éducation vis-à-vis de leurs enfants, mais comme vu précédemment, dans le cas de séparation ou de divorce, seul un des parents en bénéficie en application de l'article R. 513-1 dernier alinéa du Code de la Sécurité sociale. C'est à dire que l'un des parents est réputé avoir des charges reconnues pour exercer ses droits et devoirs alors que l'autre est réputé exercer ces mêmes droits et devoirs mais sans avoir la reconnaissance de ses charges. Cette dernière remarque prend une importance particulière dans le cas de la résidence alternée ou paritaire. Mais comment expliquer une telle distorsion par rapport à la réalité ? Sans doute parce que l'histoire du

divorce avait tendance à éliminer l'un des parents de la vie de l'enfant, et qu'il y en a encore maintenant de fortes persistances. Ceci beaucoup plus dans les administrations et le fonctionnement judiciaire que parmi la société civile où les parents se considèrent dorénavant des parents à part entière, quelle que soit leur situation familiale, et ne vivent plus le divorce comme une tare sociale, comme psychologiquement coupables ou comme portant un fardeau lié à l'échec, à la fatalité et à l'abandon forcé.

Nous avons constaté, que certaines entreprises, bien que soumises au Code du travail et en particulier à son article R. 145-2, alinéa 2, cité précédemment, s'inspirent très largement des restrictions consécutives à l'appréciation de la notion d'enfant à charge. C'est le cas par exemple, d'une entreprise de travail temporaire très connue qui alloue à ses employés ayant des enfants à charge, une aide substantielle pour les vacances, mais précise que "*pour les enfants, le concubin doit assurer la garde effective et permanente*" ainsi que "*en cas de divorce ou de séparation de corps des parents, le demandeur doit fournir un extrait de jugement l'investissant de la garde des enfants...*". Ce constat peut être fait dans la majorité des entreprises.

§ 3 - Incidences dans la scolarité

Pour l'éducation nationale, la confusion entre les éléments constitutifs de la charge d'enfants, est très importante entre "la garde", la résidence, l'autorité parentale et son exercice. De fait, la très grande majorité des fonctionnaires de cette institution reconnaissent à tort, la charge d'enfant, qu'elle soit effective et permanente ou non, à celui des parents qui a la "garde" de l'enfant ou la résidence habituelle. Il s'ensuit que, toujours dans le cas de séparation ou de divorce, là où l'enfant a le plus besoin de suivi scolaire, ce dernier se voit privé de l'aide de l'un de ses parents au motif qu'il n'est pas reconnu comme étant "*le responsable légal*" puisqu'il n'a pas la garde ou la résidence. Le problème est tellement réel et fréquent que divers textes ont été rédigés et notamment : Circulaire n° 89-261 du 4 août 1989, Circulaire n°94-149 du 13 avril 1994, Instruction du 13 octobre 1999 de la Ministre déléguée, chargée de l'enseignement scolaire, relative à la transmission des résultats scolaires aux familles. De plus, l'esprit de la loi est rappelé dans le B.O. de l'éducation nationale que reçoit chaque membre de l'éducation nationale.

L'information juste semble être très abondamment diffusée dans cette institution et pourtant les erreurs persistent, ce qui pourrait susciter des interrogations sur la volonté de certain(e)s à respecter les textes. Point de vue tout à fait recevable puisque certains chefs d'établissements ayant été rappelés à l'ordre par plus d'une quinzaine de courriers et par la voie hiérarchique, se refusaient toujours à la juste application des textes.

§ 4 - Incidences dans le domaine de l'assurance

Dans le cas des parents séparés, comme nous l'avons vu précédemment, celui qui n'a pas la résidence habituelle de l'enfant, bien qu'ayant aussi la charge effective et permanente de l'enfant, ne pourra bénéficier des prestations sociales puisqu'il n'est pas reconnu comme allocataire (article R. 513-1 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale). Les assurances complémentaires ayant pour vocation et comme leur nom l'indique, de compléter les prestations des caisses primaires, si ces caisses ne reconnaissent pas directement d'ouverture de droit à prestation, le remboursement des caisses complémentaires pourra rencontrer quelques difficultés pratiques supplémentaires. Sauf dans le cas d'une prise en charge ponctuelle et exceptionnelle par les caisses primaires,

cette situation empêche le parent n'ayant pas la résidence habituelle de pouvoir bénéficier correctement d'une assurance maladie pour ses enfants.

TITRE 2 : POUR UNE DEFINITION UNITAIRE DE LA NOTION D'ENFANT A CHARGE

Chapitre 1 : DEFINITION DE LA CHARGE D'ENFANT

Section 1 : PROPOSITION DE PRECISION DES CRITERES

L'article 371-2 du Code civil pourrait, dans un complément rédactionnel simple, être une source plus précise pour la réécriture des applications sociales et pratiques de la notion d'enfant à charge.

Si les caractères de permanence et d'effectivité de la charge d'enfant ne sont pas toujours correctement reconnus, par voie de conséquence, la charge proprement dite n'est pas non plus reconnue. Il est donc urgent que cette effectivité et cette permanence de la charge soit correctement encadré par les textes afin d'éviter toute interprétation restrictive ou erronée.

Proposition de rédaction de l'article 371-2 du Code civil concernant l'autorité parentale :

Rédaction actuelle	Rédaction proposée
L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation.	L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard, droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation, chacun en ce qui les concerne et conjointement, quelle que soit leur situation familiale. Ces droit et devoir impliquent une charge effective et permanente

Cette rédaction plus précise évincerait la majorité des difficultés d'interprétation relatives au fait d'avoir l'enfant avec soi ou non, sous quelque forme que ce soit : unicité ou pluralité, ou alternance du lieu qui sont sujettes à la méconnaissance de la charge réelle d'enfant. Ce serait, à juste titre, reconnaître et confirmer que la responsabilité de l'enfant et de sa charge est bien dépendante de l'exercice de la co-parentalité effective et permanente. Ce point de vue s'inscrit tout à fait dans l'esprit de la jurisprudence de la Cour de Cassation mentionné précédemment et qui précise que "*la résidence de l'enfant au domicile de ses parents n'est pas une condition d'attribution de cet avantage*". (Cass. Soc. 31 mars 1994, réf.808 : CAF de Paris C. Desindes et autre Pourvoi N°91.21.376Q).

L'esprit de l'article 371-2 ainsi modifié devrait servir de base pour une réelle prise en compte de la co-parentalité représentant les deux piliers indissociables sur lesquels repose la charge d'enfant. Les textes relatifs à l'aide sociale, à la protection de la santé, à

la fiscalité et tous les textes qui tiennent compte de la charge d'enfant devraient intégrer ce principe en reconnaissant la charge entière et totale aux deux parents ou en considérant qu'elle est répartie entre les parents. Pour des raisons particulières, si la situation entre les parents de l'enfant devait amener à ce qu'un rééquilibrage ou une compensation de charge déséquilibrée soit réalisé, ce devrait être aux parents d'y remédier et non aux institutions qui n'ont pas à s'immiscer dans la façon de vivre de ces derniers et notamment dans le fait qu'ils vivent ou ne vivent pas ensemble. En maintenant la pratique actuelle, soit du fait des textes, soit du fait de leur interprétation relative, cela conduit à ce que ce soit les institutions qui pratiquent le rééquilibrage qu'elles se croient en droit de faire, mais en se basant sur des critères apparents ou traduisant des schémas sociaux ne correspondant pas toujours à la réalité. Il est donc urgent que ce soit les parents, étant en premier lieu concernés, qui décident et appliquent l'éventuel rééquilibrage de charge, puisque ce sont eux qui sont au fait même de la situation et puis surtout, parce qu'il s'agit de leur vie privée et familiale.

Section 2 : DEFINITION DE LA CHARGE

La charge d'enfant doit être définie comme l'ensemble des conséquences liées aux droit et devoir incombant aux parents de cet enfant. Il s'agit bien de prendre en considération l'ensemble global et non ses composants qui sont variables et évolutifs tant en nature qu'en nombre.

L'effectivité et la permanence de charge ne font nul doute, puisque la relation filiale et concrète est permanente et effective durablement dans le temps. Seules, les composantes de la charge évoluent avec l'âge de l'enfant et notamment lorsque ce dernier devient majeur. Bien que paraissant superfétatoires, ces qualités de permanence et d'effectivité de la charge semblent nécessaires à préciser pour bien marquer et insister sur le fait que rien ne saurait aliéner la charge d'enfant et par là même faire cesser les droits et les devoirs dans leur ensemble.

Les tiers n'ont de charge d'enfant que par délégation de charge. De plus, seule une petite partie des composants de l'ensemble de la charge d'enfant leur est déléguée, et c'est pour cela qu'ils ne peuvent prétendre à la permanence et à l'effectivité de la charge puisque cette charge n'est pas assumée dans son ensemble global de droit et de devoir.

Chapitre 2 : INCIDENCES D'UNE JUSTE APPLICATION

L'application d'une juste incidence de la notion de charge effective et permanente d'enfant pourrait avoir de nombreuses incidences positives tant sur le plan des individus que sur le plan de la société.

§ 1 - Incidences sur le plan des individus

Les points sensibles de manque de cohérence de la pratique actuelle au niveau individuel, se situent entre les parents et notamment dans les familles séparées ou divorcées. La reconnaissance de la double charge effective et permanente d'enfant chez les deux parents, pourrait être non seulement un facteur de responsabilisation plus important, mais aussi une meilleure protection de l'enfant, puisque les deux parents seraient reconnus pleinement et entièrement avoir la charge de son éducation et de sa protection.

Cette reconnaissance de charge parentale équilibrée et équitable pour les deux parents, correspond plus justement à l'évolution des familles vers la co-responsabilité parentale qui est traduite pour l'essentiel dans l'article 371-2 du Code civil. Cette juste application pourrait, diminuer voire, supprimer bon nombre de conflits parentaux fondés tant sur les responsabilités parentales que sur l'enjeu matériel que représente l'enfant et son environnement social. Cette réduction des conflits, devrait conduire au désengorgement des tribunaux civils et pénaux.

Par ailleurs, la reconnaissance actuelle de la charge prépondérante à un seul des parents induit une fausse idée, celle d'un pouvoir supérieur et d'une sur-responsabilisation de l'un des parents, et génère pour l'autre un sentiment de déresponsabilisation et image de "sous-parents" ; ceci, non seulement pour la société, mais encore et surtout pour l'enfant. Ce différentiel entre parent ayant la résidence habituelle et celui qui ne l'a pas, ne correspond pas à la réalité juridique indiquée, notamment par l'article 371-2 du Code civil, et correspond encore moins à l'image qu'un enfant peut avoir de ses parents. La juste reconnaissance de la double charge effective et permanente, apporterait donc non seulement des solutions à des situations sociales injustes et mal vécues par beaucoup, mais aussi restaurerait et réhabiliterait une vraie co-parentalité mise à mal par les circonstances actuelles des séparations. Réhabilitation particulièrement nécessaire, pour les pères comme le soulignent tous les rapports nationaux et internationaux sur la famille (Conférence de la famille 1996 "mission Gisserot" et conférence 1998, sommet de Copenhague de 1996, rapport Théry, etc.).

La réhabilitation des deux parents à leur juste place au travers d'une meilleure reconnaissance de la charge co-parentale de l'enfant, rétablirait les repères des enfants et serait facteur de stabilité ce qui, certainement, ne manquerait pas d'avoir des incidences positives sur la délinquance juvénile.

§ 2 - Incidences sur le plan de la société

La reconnaissance de la charge effective et permanente qu'ont les deux parents, pourrait laisser supposer un coût social supplémentaire, mais différentes études semblent démontrer le contraire. En effet, la charge effective et permanente d'enfant reposant socialement sur deux parents et non plus sur un seul, pourrait conduire à verser des prestations aux deux parents de l'enfant, mais est-ce que le montant global augmenterait ou diminuerait du fait d'une meilleure répartition et d'une diminution des frais de gestion et de contentieux ?

Certains rapports comme la Conférence de la Famille 1996 - GT1 Atelier 1 annexe 19 annonce des économies nationales importantes. En voici les conclusions :

"Si, en matière de ruptures, il est assez aisé d'estimer aux environs de 5 milliards F/an le chiffre d'affaires du seul contentieux familial, restent à chiffrer les coûts, sans doute bien plus importants, induits tant pour la collectivité que pour les familles ou entreprises. Au regard de ces coûts, et, par comparaison avec d'autres secteurs (recherche médicale, prévention routière, etc.), davantage d'études, par exemple dans les domaines statistiques sont nécessaires pour alimenter de façon rigoureuse les réflexions des trop peu nombreuses instances de débat et de proposition.

Dans l'ignorance des mesures gouvernementales à venir, le sous-groupe, demande :

- a) d'augmenter les moyens d'étude,*
- b) qu'un dispositif permanent de suivi des problèmes liés à la politique de la famille soit mis en place.*

Le sous-groupe estime que ses propositions, presque toutes peu ou non coûteuses et conduisant même à des économies significatives, sont le minimum souhaitable pour enrayer la dégradation de la famille et de ses enfants, et, par voie de conséquence, de tout le contrat social qui l'accompagne."

Cette évolution :

- permettrait à l'un et à l'autre des parents de faire simplement ce qu'ils sont en devoir de faire, c'est à dire un acte normal de la gestion de la présence et la garde de l'enfant, ainsi que de son éducation, sa protection et sa santé.
- serait une reconnaissance de la co-responsabilité et donc enfin, une suite sociale du principe généralisé de l'exercice conjoint de l'autorité parentale adopté par la loi du 8 janvier 1993,
- permettrait une simplification pratique des prestations, en évitant les remboursements à l'attributaire par le truchement du compte de l'allocataire, et donc une réduction des frais de gestion,
- serait aussi une façon de "coller" à l'inéluctable augmentation de la demande des deux parents d'être présents auprès de leur enfant, et ce même au-delà des séparations. Les résidences alternées se développent aussi beaucoup, et ce, avec ou sans décision de justice.
- permettrait aux deux parents de pouvoir recevoir leur enfant dans des conditions décentes d'hébergement et diminuerait ainsi certaines conditions précaires du parent exerçant un droit de visite et d'hébergement.

Dés lors, la pratique actuelle de la prise en compte de la charge d'enfant semble bien avoir besoin d'un recadrage juridique, en harmonie et concordance avec ses propres fondements juridiques et l'évolution des modes de vie des familles.

L'Etat, le législateur et le gouvernement sont à même de repréciser rapidement la définition de la notion de la charge d'enfant, notamment avec le projet de remaniement du droit de la famille prévu et attendu prochainement.

Si tel devait être le cas, ce mémoire aurait eu le mérite de participer à la réflexion doctrinale et d'exprimer sans réserve, de prendre à cœur la charge d'enfant, ne serait-ce que pour sa contrepartie : le plaisir et la joie effectifs et permanents de la charge d'enfants.

BIBLIOGRAPHIE

Lois, codes et conventions

- Bulletin d'Information de la Cour de Cassation.
(http://courdecassation.fr/_BICC/bicc.htm).
- Code civil.
- Code fiscal.
- Code de la sécurité sociale.
- Code du travail.
- Codes et textes divers.
(<http://fabrice.gauthier.online.fr/fabrice/page0003.htm>)
(<http://www.rabenou.org/>).
- Code général des impôts.
(<http://www.finances.gouv.fr/reglementation/codegen/>).
- Convention de l'O.N.U. sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.
- Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.
- Convention Internationale des Droits de l'Enfant.
- Cour de Justice des Communautés Européennes.
(<http://europa.eu.int/cj/fr/index.htm>)
- Droit.org.
(<http://droit.org>)
- Journal officiel.
(<http://www.journal-officiel.gouv.fr>) et (<http://www.adminet.com/jo/>).
- Journal officiel du Sénat.
(<http://www.senat.fr>).
- Livre des procédures fiscales.

Reuves

- Gazette du palais.
- Revue trimestrielle de droit civil (travaux de Jean Hauser).

Jurisprudences et doctrine

- Cour de Strasbourg.
(<http://www.echr.coe.int/>).
- Juris-Classeur.
- Lamy, Cassation (jurisprudences de la Cour de cassation).
- Lamy, Droit des personnes et de la famille (jurisprudences de la Cour de cassation).
- Légisoft applications (jurisprudences du Conseil d'Etat).

Documentations diverses

- Bulletin Officiel du Ministère des Finances.
- C.N.A.F., documents et circulaires.
- C.N.A.F., Suivi Législatif.
- Couple, filiation et parenté aujourd'hui d'Irène Théry (1998).
- Coût de l'enfant, INSEE, Economie et Statistique, n° 155, mai 1983.
- Document CNASEA du Service formation continue de la Faculté de La Rochelle.
- Documentation de la Direction Générale de la Sécurité sociale (directives et bulletins).
- Documentation de l'association Condition Paternelle.
(<http://www.interpc.fr/Papa/>)
- Info C.N.A.M. numéro 348 du 30 août 1994.
- MGEN bulletin de janvier 1994.
- Ministère des Finances, documentation de Base du.
- Questions pénales de France-Line Mary, Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP) décembre 1996.
- Conférence de la famille 1996 "mission Gisserot".
- Conférence de la famille 1998.
- Rénover le droit de la famille, Françoise Dekeuwer-Defossez.