



HAL
open science

Présentation générale de la résidence alternée

Christophe Albiges

► **To cite this version:**

Christophe Albiges. Présentation générale de la résidence alternée. La résidence alternée, Presses Universitaires de Montpellier, pp.7 et s., 2009. hal-01870997

HAL Id: hal-01870997

<https://hal.umontpellier.fr/hal-01870997v1>

Submitted on 12 Dec 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Présentation générale de la résidence alternée

Christophe Albiges

Professeur à l'Université de Montpellier

Responsable du Master II Droit des contentieux

1. Le législateur, par la loi n°2000-305 du 4 mars 2002, a consacré la possibilité d'organiser une « résidence alternée » comme mode de vie pour un enfant lorsque ses parents sont divorcés ou séparés. Les termes retenus par un texte, plus précisément un alinéa de l'article 373-2-9 du Code civil, permettent de s'interroger sur les différents aspects, les attraits, mais aussi les limites de ce mode de vie pour le moins particulier : « *la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* ».

2. La *résidence* correspond au cadre privilégié dans lequel vont se nouer et se développer, au fil du temps, les relations familiales¹. L'*alternance* suppose une succession répétée, dans l'espace et dans le temps d'une situation particulière. La mise en œuvre de l'alternance en matière de résidence de l'enfant permet, par principe, de garantir le maintien des liens entre ce dernier et ses deux parents, au nom de la notion de « coparentalité » consacrée par la loi du 4 mars 2002. Si le lien conjugal peut être rompu, le lien parental par principe demeure.

Le droit interne s'est ainsi conformé à certaines exigences internationales et en premier lieu la Convention Internationale des Droits de l'enfant, désormais directement applicable en droit interne², qui prévoit non seulement la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'article 3-1, mais aussi, de manière plus précise, le droit pour ce même enfant « *d'être élevé par ses deux parents* » à l'article 7-1 ou encore l'obligation pour les États de veiller à ce que les enfants « *ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré* » à l'article 9-1 et enfin cette obligation pour l'Etat de respecter le droit de l'enfant à « *entretenir des relations personnelles et des contacts avec ses deux parents* ».

3. Au-delà de ces affirmations supranationales, l'étude renouvelée de la résidence alternée s'impose en droit interne et en droit international privé³ car plusieurs questions s'imposent, certaines pour lesquelles les réponses, récemment mises en exergue⁴, sont connues, d'autres toujours source d'incertitudes : Quelle est la véritable pratique de la résidence alternée en ce moment ? Des chiffres ont été présentés par le ministère de la justice dans le cadre d'une réponse ministérielle en date du 11 septembre 2007⁵. La proportion des enfants faisant l'objet d'une résidence en alternance, en vertu d'une décision de justice, se situerait aux alentours de 10 %, dont très peu d'enfants de moins de trois ans. D'autres questions, à l'inverse, demeurent source de réponses incertaines, parfois à l'origine de débats animés : Quels sont les critères à prendre en considération ? Quel est le rôle du juge en la matière ? Jusqu'où peut-on aller dans l'usage de l'alternance, a fortiori lorsqu'elle est vécue

¹ Plus généralement sur cette notion, Ch. Albiges, *La résidence, L'autorité parentale et ses juges*, Ouvrage collectif, Litec, Coll. « Carré droit », 2004, p. 41.

² Depuis le revirement de jurisprudence ultérieurement confirmé, Civ. 18 mai 2005, *Droit de la famille* 2005, n°156, obs. A. Gouttenoire ; JCP 2005, II, 10081, obs. F. Granet et Y. Strickler ; JCP G 2005 II 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; Boulanger, *Applicabilité directe de la Convention de New York et intérêt supérieur de l'enfant* : D. 2006, p. 554.

³ Sur cette approche, la contribution d'Alain Devers, cf. infra.

⁴ J. Phélip, *Le livre noir de la garde alternée*, Dunod, 2006.

⁵ Sur laquelle, cf. infra, n°.

de manière contraignante ? Les réponses à ces questions seront apportées par les différents intervenants. Il convient de se limiter, dans l'immédiat, à une présentation de la résidence alternée, selon une approche chronologique, en trois temps : le passé (I), le présent (II) et le futur (III).

I – Le passé

4. La loi n°87-570 du 22 juillet 1987, dite loi Malhuret, avait mis fin à la notion de « garde » pour distinguer l'autorité parentale sur l'enfant de la résidence de ce dernier. Cette même loi, avec celle du 8 janvier 1993, avait étendu le principe même de l'autorité parentale conjointe pour tout enfant, quelle que soit la situation conjugale des parents. Mais en matière de « résidence », au sens strict, l'ancien article 287 alinéa 1^{er} du Code civil et l'article 374 du même Code prévoyaient que l'enfant devait avoir une « résidence habituelle » fixée par le juge en cas de séparation des parents.

En pratique, le principe même d'une résidence partagée, alternée selon la formule désormais consacrée par les textes, était ponctuellement retenu par les juges sous deux formes différentes : soit directement, en raison de circonstances favorables à l'alternance, afin de « lutter contre la précarisation de l'une ou l'autre des fonctions parentales »⁶, soit indirectement, avec le recours à une « résidence habituelle » chez l'un des parents, tout en conférant à l'autre un droit de visite très élargi⁷.

5. La référence à cette notion de « résidence habituelle » supposait que le juge choisisse entre les deux parents, l'un bénéficiant du statut de parent principal, l'autre de parent secondaire. Or, différentes décisions rendues par la Cour de cassation⁸ et par certaines juridictions du fond⁹ avaient expressément écarté toute référence au concept même de « résidence alternée », au nom notamment de la stabilité de l'enfant et afin d'éviter les risques de fatigue engendrés par l'alternance. La résidence alternée était en effet contestée pour des raisons essentiellement non juridiques, mais de nature psychologique. Certains psychologues avaient déjà soutenu et affirmé que la permanence du cadre de vie constituait un élément déterminant et donc un gage du développement harmonieux de l'enfant¹⁰. Pour assurer son équilibre, tout enfant avait besoin de sécurité et de repères. À l'inverse, le va-et-vient entre sa mère et son père, une semaine sur deux par exemple, était considéré comme néfaste, l'enfant ne devant pas être placé chez un parent, puis chez l'autre, au risque de devenir une « chose »¹¹.

6. A titre d'illustration, l'édition de 1999 du manuel de Droit de la famille du doyen Carbonnier contenait la formule suivante : l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne va pas jusqu'à exiger que le mineur « partage également son temps entre le logement de l'un et de l'autre. Comme il faut bien que les enfants jouissent d'une certaine stabilité d'habitat et de milieu, l'un des conjoints est désigné pour être celui chez qui ils auront leur résidence habituelle »¹². L'autre parent avait alors un droit d'hébergement potentiellement élargi.

⁶ Paris, 1^{er} mars 2001, J.C.P. 2002, I, 165, n° 4, obs. Hubert Bosse-Platière, après audition et accord du mineur

⁷ Paris, 10 févr. 1999, J.C.P. 1999, II, 10170, note T. Garé ; J.C.P. 2002, I, 165, n° 4, obs. Hubert Bosse-Platière.

⁸ Civ. 2^e, 21 mars 1983, D. 1984, *Jur.* p. 53, note T. Moussa ; J.C.P. 1984, II, n° 20163, note A. Dekeuwer ; Civ. 2^e, 2 mai 1984, Bull. civ. II, n° 78 ; D. 1984, *IR* p. 289, obs. A. Bénabent ; Civ. 2^e, 20 nov. 1985, Bull. civ. II, n° 174, formule d'alternance de quinze jours à quinze jours.

⁹ Toulouse, 2 mai 2000, J.C.P. 2002, I, 165, n° 3, obs. Hubert Bosse-Platière, fixant la résidence habituelle de l'enfant chez la mère car l'enfant risque de ne pas être scolarisé chez le père ; Rennes, 3 juill. 2000, J.C.P. 2001, IV, n° 2650, sur les difficultés de l'alternance pour les fêtes juives.

¹⁰ Sur ce constat, J.-L. Viaux, Fonction et fiction du juridique : l'autorité parentale après la loi du 4 mars 2002, *AJ famille* septembre 2003, p. 303.

¹¹ L'idée de partage de l'hébergement accentuerait "la 'chosalité' de l'enfant" : J. Hauser, *RTD. civ.* 1993, p. 574 et 818.

¹² J. Carbonnier, *La famille*, PUF, coll. « Thémis », 20^e éd., 1999, p. 601.

Toutefois, en pratique, dans plus de 80% des cas, la « résidence habituelle » était alors attribuée à la mère. Dès lors, au nom du maintien de liens équilibrés avec chacun de ses deux parents et singulièrement le père, différents mouvements se révélèrent favorables à une modification du droit positif en vigueur, à l'origine de la loi du 4 mars 2002.

II – Le présent

7. Le législateur a adopté en 2002 des mesures qui ont pu être considérées comme « avant-gardistes », imposant deux nouvelles règles aux deux alinéas de l'article 373-2-9 du Code civil : le premier est relatif au principe même de l'alternance (A), le second concerne la mise en œuvre de la résidence alternée à titre provisoire (B).

A – Le principe de l'alternance

8. Conformément à l'esprit général de la loi du 4 mars 2002, l'entente, donc l'accord même des parents doit être privilégiée, au nom de la désormais classique « contractualisation » du droit de la famille en général et du droit de l'autorité parentale en particulier. Or, de manière corrélative, l'analyse de l'alinéa premier de l'article 373-2-9 du Code civil permet de mettre en évidence notamment les prérogatives conférées au juge aux affaires familiales, qui bénéficie a priori d'une certaine liberté à deux niveaux.

9. Tout d'abord, pour le *principe* même de l'admission ou du rejet de l'alternance, le texte prévoit que le juge « peut » ordonner une résidence alternée. L'objectif a été d'écartier expressément tout droit automatique conféré aux parents à l'obtention d'un hébergement partagé. Il ne s'agit pas d'une obligation pour le juge qui conserve toujours une faculté d'appréciation en la matière. Une simple option est désormais privilégiée, lorsque le mode de vie de l'enfant et des parents le permet. Dès lors, une nécessaire casuistique s'impose car le juge doit apprécier au cas par cas, *in concreto*, les circonstances qui vont lui permettre d'admettre ou, à l'inverse, de refuser la mise en œuvre de la résidence alternée¹³. Deux observations complémentaires s'imposent à cet égard.

D'une part, le recours à l'alternance a parfois été retenu par le juge alors même que les parents n'avaient prévu initialement les modalités d'exercice de l'alternance. Le texte prévoit qu'il est même possible qu'un juge aux affaires familiales impose cette résidence alternée si un seul des parents effectue cette demande ou en cas de désaccord entre ces mêmes parents¹⁴. Cette hypothèse, contestée par certains, se justifie pour éviter que l'un des deux parents n'exerce une sorte de droit de veto au détriment de l'autre parent. D'autre part, le juge a la possibilité de solliciter l'intervention de travailleurs sociaux ou d'un psychiatre. Ce même juge conserve toutefois une totale liberté dans le prononcé de sa décision car il peut ordonner la mise en œuvre d'une résidence alternée, alors même que ces intervenants étaient au préalable manifestement sceptiques sur l'opportunité de l'alternance, au nom de l'équilibre psychologique de l'enfant.

10. La liberté du juge se manifeste à l'égard du principe même de l'alternance, mais aussi des *modalités de sa mise en œuvre*. L'étude des premières applications de la loi a démontré qu'aucune règle générale ne pouvait et ne devait être relevée. L'alternance prend la

¹³ Sur ce constat au lendemain de l'adoption du texte, P. Hilt, Loi du 4 mars 2002 : les juges ne suivent pas toujours, AJ famille septembre 2003, p. 288 ; plus généralement, l'étude des étudiants du Master II Droit des contentieux, cf. infra.

¹⁴ J.-J. Lemouland, La résidence alternée dix-huit mois plus tard, RJPF septembre 2003, p. 8. Sur le caractère exceptionnel d'une résidence alternée imposée, L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, Thèse Paris II, Préface L. Leveneur, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 413, 2004, n° 197, 102.

forme d'une semaine divisée en deux ou alors d'une semaine sur deux par exemple. Une question s'est à juste titre imposée : l'alternance suppose-t-elle une parfaite égalité ? En d'autres termes, la résidence alternée ne serait-elle pas, au final, qu'une simple application du jugement de Salomon ? A défaut d'indications apportées par les textes, un véritable déséquilibre pourrait-il être envisageable, sans que le principe même d'une résidence alternée ne soit contesté ?

La Cour de cassation s'est prononcée en la matière le 25 avril 2007¹⁵ dans des termes dénués de toute ambiguïté : « les juges du fond peuvent, si l'intérêt de l'enfant le commande, compte tenu des circonstances de la cause, décider d'une alternance aboutissant à un partage inégal du temps ». Cette décision, en consacrant ouvertement la possibilité d'une répartition inégalitaire du temps, permet de fixer la résidence de l'enfant chez l'un et l'autre de ses parents, alors même que le temps passé chez l'un est plus important que celui passé chez l'autre. Le raisonnement retenu se révèle conforme à l'esprit général du texte, favorable à une réelle souplesse lors de la mise en œuvre de l'alternance par le juge, en l'absence de toute contrainte comptable.

11. Deux observations permettent de tempérer cette liberté dont semblent bénéficier les juges aux affaires familiales. En premier lieu, le respect de la volonté des parents demeure prioritaire, le juge peut parfois n'intervenir qu'à titre subsidiaire. Tel est le cas lorsque ces parents conviennent, dans une convention, de l'organisation de la résidence de l'enfant. Une telle priorité est totalement justifiée car le passage devant le juge n'est qu'une étape, une transition, vers une nouvelle situation familiale qui doit non seulement être préparée dans le calme, mais aussi acceptée par toutes les parties concernées. Mais même dans l'hypothèse d'une convention, l'intervention du juge aux affaires familiales est essentielle car l'accord des parties est soumis à son homologation, conformément à une faculté introduite par la loi du 4 mars 2002 à l'article 373-2-7 du Code civil. Cette homologation garantit le contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant notamment¹⁶, le juge conservant toute latitude pour éventuellement ne pas homologuer la convention, en dépit de l'accord des parents, s'il estime que cet intérêt n'est pas suffisamment préservé.

12. En second lieu, quelle que soit la solution retenue par le juge aux affaires familiales, elle doit être motivée pour mieux garantir sa compréhension par les personnes concernées, exigence de motivation qui s'impose prioritairement en matière de contentieux familial. Or, la loi nouvelle n'a pas déterminé les différents critères qui vont permettre de justifier l'admission ou à l'inverse le rejet de la demande de résidence alternée¹⁷. L'analyse des décisions permet d'observer que les circonstances familiales justifient la solution finalement adoptée, selon différents éléments – l'entente, la proximité géographique par exemple – appréciés à l'aune de l'intérêt de l'enfant.

B – Le recours à une alternance provisoire

¹⁵ Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, Droit de la famille, 2007, n°143, obs. P. Murat. Une nuance doit toutefois être apportée avec les dispositions de l'article 373-2-9 du Code civil, singulièrement l'alinéa 3 issu de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007, qui prévoient désormais que le juge aux affaires familiales doit statuer sur les modalités du droit de visite de l'autre parent lorsqu'il fixe la résidence au domicile de l'un d'eux, formule qui laisse sous entendre que le juge pourra indirectement garantir une approche égalitaire.

¹⁶ Prévu à l'alinéa deux de l'article 373-2-7. Sur la faculté de reprendre, modifier ou rejeter les termes de la convention soumise à homologation, J.-P. Gridel, Regards sur le juge aux affaires familiales, *Le droit privé à la fin du XXe siècle, Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 218. Sur le contrôle judiciaire de la préservation de l'intérêt de l'enfant, O. Laouenan, Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002, J.C.P. 2003, I, 149, n° 22.

¹⁷ Sur ces critères, la contribution de Maître Palies, cf. infra.

13. L'alinéa deux de l'article 373-2-9 du Code civil prévoit une hypothèse particulière, celle du recours à une alternance de la résidence décidée par le juge à *titre provisoire*. Cette hypothèse peut être prononcée lorsque la résidence partagée est susceptible d'être source de difficultés, en cas de risques d'oppositions entre les parents, relatifs au mode de vie ou à l'éducation de l'enfant notamment. Au terme du délai prévu, le juge a la faculté de confirmer la résidence alternée convenue ou, à l'inverse, de modifier l'organisation en fonction des contraintes invoquées par chaque parent. Une telle période d'essai, retenue à titre probatoire, peut constituer un moyen d'apaisement et de gestion du conflit dont les attraits ont été soulignés par les juges aux affaires familiales eux-mêmes¹⁸. Certains auteurs ont toutefois souligné les risques immédiats causes de traumatismes pour l'enfant de l'alternance, constatés y compris dans le cadre d'une mesure provisoire¹⁹. Si la lecture des arrêts de cours d'appel démontre que ce moyen est assez souvent utilisé, son efficacité dépend directement de la pratique judiciaire. Celle-ci se révèle très variable en fonction des comportements des juges aux affaires familiales, certains n'ayant jamais recours à une telle mesure. Il convient de relever, qu'en pratique, la décision provisoire d'opter pour l'alternance s'avère très souvent confirmée, sans qu'une modification ne soit apportée à ce qui a été testé.

14. La mise en œuvre de cette mesure provisoire demeure source d'une double incertitude : une première est relative à la faculté d'interjeter appel de la décision rendue à titre provisoire en première instance²⁰. Une seconde incertitude concerne l'étendue des pouvoirs conférés au juge, en cas de désaccords des parties : peut-on considérer que le juge est tenu d'ordonner la résidence en alternance à titre provisoire préalablement à une décision définitive de résidence alternée ? La cour de cassation s'est prononcée en la matière le 14 février 2006²¹ : le pourvoi invoquait l'alinéa 2 de l'article 373-2-9 du Code civil, qui prévoit qu'à la demande d'un des parents, ou lors d'un désaccord entre eux concernant la résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance. Les auteurs du pourvoi en ont déduit que lors d'un désaccord des parents, le juge ne pouvait prendre une décision définitive de résidence alternée que s'il avait, au préalable et impérativement à titre provisoire, ordonné la résidence alternée pour une durée dès lors nécessairement limitée.

15. Cette interprétation de l'alinéa 2 de l'article 373-2-9 permettait de considérer que le texte n'énonce pas une faculté, mais une véritable obligation de mettre en œuvre une période d'essai en cas de désaccord entre les parents. L'adoption d'une telle interprétation aurait pour effet de tempérer la portée du premier alinéa de ce même article 373-2-9 qui prévoit de manière générale et sans restriction que la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents. Le raisonnement proposé, par essence restrictif, a été écarté à juste titre par la Cour de cassation : même en cas de désaccord des parents, le juge n'est nullement tenu d'ordonner une résidence en alternance à titre provisoire. Il lui appartient, en toute hypothèse, que soit recherché l'intérêt de l'enfant, indépendamment de toute contrainte légale.

III – Le futur

¹⁸ S. Hébrard, Loi du 4 mars 2002 : regard d'un juge aux affaires familiales, AJ famille, septembre 2003, p. 397 ; M.-H. Pomarède, Le volet autorité parentale vu par un juge aux affaires familiales, AJ famille avril 2002, p. 132.

¹⁹ J. Phélip, *Le livre noir de la garde alternée*, op. cit., p. 33. Plus globalement, sur les incidences psychologiques de l'alternance, la contribution du Docteur Lafont, cf. infra.

²⁰ Sur ce cas particulier, la contribution de Maître Palies, cf. infra.

²¹ Civ. 1^{re}, 14 février 2006, RTD civ. 2006, p. 300, obs. J. Hauser ; JCP 2006, I, 199, n°13, obs. H. Bosse-Platière ; RJPF 2006, p. 27, note F. Eudier.

17. Même si différentes propositions ont été formulées et certaines améliorations ou aménagements retenus²², les pouvoirs publics sont manifestement favorables à un statu quo. La Commission des Lois et la Commission des Affaires sociales du Sénat ont publié le 27 juin 2007 un rapport d'information sur la résidence alternée, après avoir organisé une journée d'auditions publiques le 23 mai 2007. L'objectif était de dresser un « *bilan d'ensemble* » de la mise en œuvre de la résidence alternée cinq ans après sa consécration²³. Alors que les psychiatres et psychologues mettent en garde contre les « *troubles graves* » que pourrait entraîner la résidence alternée lorsqu'elle n'est pas adaptée à la situation de la famille, les associations sont divisées.

18. Un Collectif national pour la résidence alternée paritaire a réuni, le 21 décembre 2006, différentes associations telles que « *SOS Papa* », « *Justice Papa* » et « *Allo Papa, Allo Maman* ». Ces associations sont favorables à un « *droit* » à la résidence alternée pour les enfants en toutes hypothèses, y compris lors de séparations conflictuelles, au nom d'une « *égalité entre parents* » qui doit systématiquement être préservée. En cas de désaccord entre les parents, les juges ont tendance à rejeter l'alternance et opter pour que l'enfant de parents séparés ait sa résidence fixée chez sa mère.

À l'inverse, d'autres associations considèrent que le jeune âge de l'enfant ou le conflit entre les parents constitue des empêchements prohibitifs à la résidence alternée. Tels sont également les propositions adoptées et publiées au sein du « *livre noir de la garde alternée* »²⁴. De même, les professionnels du droit se rejoignent sur l'idée qu'il convient de garantir la confiance au juge en lui laissant la latitude que la loi lui reconnaît aujourd'hui²⁵.

19. Enfin, le ministère de la justice a été interrogé le 11 septembre 2007 sur l'application de la loi du 4 mars 2002 instaurant la garde alternée des enfants après divorce et notamment sur l'opportunité d'une évaluation de la mise en œuvre de ladite loi et de ses conséquences, afin de prendre en compte la situation des jeunes enfants. En réponse, la Chancellerie indique que le seul critère qui doit être retenu pour assurer l'équilibre délicat entre la préservation des liens des deux parents avec leurs enfants et la protection de ces derniers de tout risque d'instabilité, est celui de l'intérêt de l'enfant. À ce titre, l'appréciation de ce critère nécessite de larges pouvoirs conférés aux magistrats, illustrés par des mesures d'investigation leur permettant de statuer au terme d'une analyse particulièrement détaillée de chaque contexte familial.

En conséquence, et conformément aux conclusions du rapport de la commission des lois du Sénat en date du 26 juin 2007, le ministère ne juge pas nécessaire de modifier l'état actuel du droit de la résidence alternée.

²² Le décret du 13 avril 2007, publié au *Journal officiel* du 14 avril, est relatif aux modalités de calcul et de partage des allocations familiales en cas de résidence alternée des enfants au domicile de chacun des parents. Ce texte introduit de nouvelles dispositions dans le Code de la sécurité sociale (R. 521-2 à R. 521-4) : les couples peuvent désigner le parent qui percevra les allocations familiales ou décider de les partager d'un commun accord. En cas de désaccord, dès lors que la résidence alternée est effective, le partage devient la règle, JCP 2007, I, 170, n°8, obs. H. Bosse-Platière.

²³ Bilan accessible en ligne sur le site www.senat.fr.

²⁴ « Aucun très jeune enfant ne devrait être enlevé à sa mère, sauf pathologie ou grande insuffisance de cette dernière, sous des prétextes étrangers à son intérêt », J. Phélip, *Le livre noir de la garde alternée*, op. cit., p. 215.

²⁵ Sur ce constat, la contribution de Madame Florence Tanguy, cf. infra.