
Qui veut la peau de l'article 373-2-9 du Code civil ? À propos de la proposition de loi n° 478 du 15 novembre 2022

Emmanuelle Bornet

 <https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=576>

DOI : 10.56078/amplitude-droit.576

Electronic reference

Emmanuelle Bornet, « Qui veut la peau de l'article 373-2-9 du Code civil ? À propos de la proposition de loi n° 478 du 15 novembre 2022 », *Amplitude du droit* [Online], 3 | 2024, Online since 21 March 2024, connection on 22 September 2026. URL : <https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=576>

Copyright

Licence Creative Commons – Attribution 4.0 International – CC BY 4.0

Qui veut la peau de l'article 373-2-9 du Code civil ? À propos de la proposition de loi n° 478 du 15 novembre 2022

Emmanuelle Bornet

OUTLINE

1. Une résidence alternée jouant les Arlésiennes
2. Une approche casuistique de l'intérêt supérieur de l'enfant
3. Intérêt de l'enfant *versus* égalité des droits des parents
4. Alors, vers une présomption de résidence alternée, enfin ?

TEXT

- 1 « Chaque année en France, 350 000 couples se séparent et 200 000 enfants sont concernés par un choix de mode de garde ». Ainsi débute la proposition de loi n° 478¹, déposée le 15 novembre 2022 à la présidence de l'Assemblée nationale. Si le constat n'est malheureusement pas sourcé², la quinzaine de parlementaires auteurs du texte en a visiblement pris la pleine et entière mesure, et propose lapidairement une réécriture des premiers alinéas de l'article 373-2-9 du Code civil, lesquels disposent depuis mars 2016 que :

« (...) la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. / À la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux³ ».

- 2 Les mutations sociétales précèdent, souvent de peu, les évolutions législatives. L'une des missions du législateur consiste alors à retranscrire ces transformations dans les textes ; la proposition de loi analysée dans cette contribution est de ceux-là.

- 3 Pour autant, elle est loin d'être le premier texte à proposer de la sorte cette réécriture, tant s'en faut. En réalité, elle s'inscrit à la suite d'une longue série de propositions en ce sens ; et ce n'est visiblement pas faute pour les parlementaires d'avoir essayé ! Le sort de la résidence de l'enfant victime de la séparation de ses parents – rappelons que le terme « résidence » a succédé au terme « garde » à partir de 1987 – s'est, en effet, retrouvé à de nombreuses reprises sur le bureau des parlementaires qui ont cent fois sur le métier remis leur ouvrage... sans connaître postérité. Voyant que la réforme se faisait attendre, ils ont alors emprunté un chemin de traverse : un récent échange épistolaire entre les deux pouvoirs constitués⁴ prend place, en des termes non renouvelés, dans le débat sur les principes relatifs au choix de la résidence de l'enfant commun d'un couple en cours de séparation, débat qui semble aujourd'hui devenu stérile pour n'avoir encore accouché d'aucun *aggiornamento*.
- 4 Pourtant la question, sans être simpliste, est assez simple : faut-il faire de la résidence alternée le principe ? C'est par une réponse affirmative que des députés s'étaient déjà prononcés, le 17 octobre 2017, dans une proposition de loi remise sur le bureau de leur assemblée⁵. Le texte a été cependant rapidement retiré, la proposition de réforme, discrètement enterrée. Mais il en fallait davantage pour décourager nos représentants ; et cette marotte parlementaire resurgit depuis, avec la régularité d'un métronome⁶, sans toutefois obtenir⁷ le succès escompté⁸. Le sort réservé à cette réforme a pourtant de quoi surprendre l'observateur, tant il est vrai que le principe de la résidence habituelle assortie d'un simple droit de visite et d'hébergement est aujourd'hui suranné et inadapté à notre modèle sociétal (Antippas, 2021, p. 2188) devenu plus égalitaire.
- 5 Les débats parlementaires autour de cette question se sont faits plus discrets que ceux entourant la réforme du divorce par consentement mutuel, qui a très récemment été vouée aux gémonies par une grande partie de la doctrine spécialisée⁹. Certes. Mais la question n'en fut pas moins vive, car la matière familiale est incontestablement au nombre de ces droits qui, avançant en ordre dispersé depuis plusieurs décennies¹⁰, talonnent les faits. Au mariage-institution du Code napoléon, religieux, sacramentel a succédé le mariage-contrat ; au modèle mono-familial d'hier a succédé le modèle pluri-parental d'aujourd'hui. *O tempora, o mores*.

- 6 Un bref retour en arrière s'impose alors à titre préliminaire, afin de mieux cerner les enjeux autour des tergiversations juridiques relatives à l'organisation de la résidence du jeune enfant exposé contre sa volonté à la séparation de ses parents. Car, si « le débat sur la résidence alternée est affaire de psychiatres, psychologues et psychanalystes », rappelons qu'il « existe aussi une petite porte ouverte aux juristes » (Hachet, 2016).

1. Une résidence alternée jouant les Arlésiennes

- 7 La règle d'une résidence habituelle chez un parent assortie, le cas échéant, d'un simple droit de visite et d'hébergement au second parent a longtemps prévalu¹¹ – nonobstant quelque avant-gardiste décision de la Cour de cassation, laquelle indiquait dès 1983 que « l'article 287 du Code civil¹² n'exclu[ai]t pas toute possibilité de garde associée ou conjoint¹³ ». Reconnaissance prétorienne en pointillé n'équivalait évidemment pas à consécration, d'autant que, parmi les divers *scenarii* envisageables, la résidence alternée n'avait jamais vraiment eu la faveur du législateur. Nous devons cependant à ce dernier le premier pas vers un principe de garde alternée : la loi du 22 juillet 1987¹⁴ opère un timide – mais fondamental – changement sémantique en substituant la terminologie « autorité parentale » à celle de « garde ». *Quid ?* En droit, le législateur confiait alors au juge la lourde tâche de fixer une résidence habituelle pour les enfants victimes de séparation parentale. Dans les faits, à la puissance paternelle de droit se substituait donc une prépondérance maternelle de fait (Carbonnier, 2000, p. 601).
- 8 En dépit d'un accueil plutôt tiède, le principe d'une résidence alternée avait alors fini par émerger sous le regard bienveillant d'une jurisprudence audacieuse. Rappelons, si besoin est, que la Convention internationale des droits de l'enfant¹⁵ elle-même stipule, au profit de l'enfant, un droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses parents séparés, sauf contrariété avec son intérêt supérieur. Forts de cet aval international, les accords sur la mise en place d'une résidence alternée ne cessent de se multiplier sous la plume des juges du fond, en dépit de la rareté de leur homologation par une Cour de cassation particulièrement rétive à l'enracinement

de cette pratique, qu'elle juge illégale. Parmi les quelques tribunaux volontaristes qui admettent l'alternance, la cour d'appel (CA) de Paris indiquera, par exemple, que : « rien ne permet d'affirmer que l'hébergement partagé soit par principe néfaste à l'intérêt de l'enfant ; [qu']il convient d'encourager ce type d'hébergement de l'enfant, condition d'une coparentalité réelle et élément fondamental pour lutter contre la précarisation des fonctions parentales¹⁶ ».

- 9 Sensible au mouvement prétorien, la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 avait subséquemment inscrit la coparentalité dans le marbre du Code civil, entérinant ainsi la pratique d'une alternance de fait égalitaire mais non paritaire (Juston, 2010, 11). L'article 373-2-9, inchangé depuis lors, dispose que « la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux » et y associe la possibilité d'une alternance à l'essai. Tel que rédigé, le texte ouvre une simple faculté d'alternance. Sans surprise, des controverses d'interprétation se sont rapidement faites jour. Certaines juridictions, hostiles à la mise en place de la mesure, semblent acquises à l'idée que la résidence alternée serait susceptible de perturber le besoin de stabilité des enfants. Timorée, la Cour de cassation se décharge sur les juridictions du fond de la question de la fixation de la résidence de l'enfant, en invoquant la particularité de chaque situation familiale.
- 10 Les professionnels de la petite enfance sont eux-mêmes divisés. La majorité critique vertement la mesure dès son introduction dans la loi de 2002 (Berger, Ciccone, Guedeney, Rottman, 2004). Soulignons toutefois que les rares représentants de l'univers médico-psychologique qui se disent favorables à la généralisation de la mesure l'analysent comme le témoignage de la volonté de dépasser le schéma matriciel de garde chez la mère ; selon eux, la résidence alternée serait alors le parangon d'une égalité mère / père dans la fonction parentale (Neyrand, Zaouche-Gaudron, 2014), « une traduction dans le langage temporel des principes de coparentalité qui irriguent le droit de la famille contemporain » (Hachet, 2016).

2. Une approche casuistique de l'intérêt supérieur de l'enfant

- 11 Le législateur s'est donc contenté d'autoriser l'alternance, sans en fixer précisément les contours¹⁷. Le juge aux affaires familiales, pivot du dispositif législatif de choix du mode de résidence de l'enfant, s'est alors employé à adapter la règle dans le contexte sociétal qui est le nôtre aujourd'hui ; la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant », relativement plastique, s'est imposée comme le point nodal de son intervention¹⁸. Les magistrats se basent précisément sur un faisceau d'indices prédéfinis, révélant *in concreto* la capacité, aussi bien des parents que des enfants, à s'adapter à ce mode de vie particulier : éloignement des domiciles parentaux, âge de l'enfant, conditions d'accueil, besoin de stabilité et sentiments exprimés par l'enfant, relations entre les parents sont autant d'éléments pris en compte pour déterminer chez lequel de ses deux parents l'enfant posera durablement ses valises¹⁹. L'absence de critères légaux trop précis, et donc rigides, ménage ainsi au juge une marge de manœuvre confortable, laquelle nous semble particulièrement pertinente au vu du contexte évolutif, parfois explosif, dans lequel la décision doit intervenir²⁰.
- 12 À l'analyse, l'âge de l'enfant est certainement l'élément prévalant²¹. De nombreux spécialistes de la psychologie infantine se sont catégoriquement opposés à une application indifférenciée de la mesure, arguant du danger pour un nourrisson d'être déstabilisé par la fréquence des changements de domicile. Pour nombre de professionnels de la petite enfance, il est toutefois nécessaire que l'enfant ait des contacts presque quotidiens avec le parent qui ne l'héberge pas, notamment pour lui permettre de construire un lien d'attachement avec lui. Un fort courant jurisprudentiel conforte d'ailleurs cette approche²². Outre le nouveau-né, une autre catégorie d'enfants pose question : les grands adolescents, qui font l'objet d'un régime particulier dans la mesure où le droit leur reconnaît la capacité de s'autodéterminer. D'autres critères prêtent à discussion, notamment celui de l'accord des parents. Doit-il être nécessaire pour que le juge puisse prononcer une garde alternée ? En faire une condition *sine qua non* reviendrait à donner au parent qui s'y opposerait un droit de veto, au détriment de l'intérêt de l'enfant.

- 13 Et les *desiderata* de l'enfant, dans tout ça ? La décision sur la résidence de l'enfant fait intervenir trois niveaux de subjectivité : celui des parents, celui de l'enfant et celui du juge. À s'en tenir aux observations 12 (sur le droit à l'enfant d'être entendu) et 14²³ du Comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations unies, il est impératif de permettre aux enfants doués de discernement d'exprimer leur opinion, avant de prendre une quelconque décision les concernant. Ainsi, en amont de toute procédure, il pourrait par exemple être préconisé une écoute judiciaire de l'enfant capable de discernement par des experts neutres, comme le prévoient déjà les dispositions légales relatives à l'audition de l'enfant²⁴. Le juge doit mettre en balance le droit de l'enfant à la parole et sa protection, en gardant toutefois à l'esprit que, si la parole de l'enfant peut être prise en compte, « il ne faut pas laisser un enfant en capacité de choisir ; si sa parole fait loi, est-il encore à sa place d'enfant ? » (Dahan, 2003).

3. Intérêt de l'enfant *versus* égalité des droits des parents

- 14 Si l'alternance pourrait *prima facie* apparaître triplement profitable – pour le père, la mère et l'enfant –, les exigences des parents doivent être tempérées par leur prise de conscience de l'intérêt supérieur de leur enfant commun. En 2006, l'Observatoire national de l'action sociale (ODAS) indiquait que 75 % des signalements étaient liés à des conflits parentaux. Or, précisément, la résidence alternée ne doit pas être un mode de règlement du conflit conjugal. *Exeunt*, donc, les décisions *ab irato*, le narcissisme vaniteux, le triomphe de l'émotionnel, l'instrumentalisation de son propre enfant dans le but de mener un combat parfaitement stérile, ne flattant en définitive que son propre *ego*. La recherche d'un apaisement des relations entre les parents en cours de séparation a conduit le législateur de 2002 à intégrer la médiation familiale dans la réflexion sur l'hébergement de l'enfant²⁵. Si les parties sont en principe libres d'accepter la mesure²⁶, le juge peut toutefois leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial²⁷. Il faut s'en féliciter : la médiation est une arme dissuasive particulièrement efficace pour aider à signer un « traité de paix » familial. Pratique très au goût du jour, elle est souvent plébiscitée par toutes les forces en présence, parents comme profession-

nels du droit. Gageons que l'accroissement du recours à une telle technique permettra une réelle pacification des rapports parentaux, au bénéfice de l'enfant. Elle entérine en tout cas l'idée que la persistance d'un conflit parental ne fait pas obstacle à la mise en place de l'alternance, en séparant le « conjugal » du « parental ». Le rôle du médiateur étant, entre autres choses, de faire réfléchir les parents sur leurs valeurs éducatives, la mise en place d'une obligation de médiation familiale donnera vraisemblablement les clés de lecture et d'acceptation de la coparentalité.

- 15 Qu'en est-il chez nos voisins européens ? Aux Pays-Bas, par exemple, une loi de 2009 prévoit le droit pour l'enfant à être élevé de façon égalitaire par ses parents dans le respect d'un plan parental. Mais cette présomption d'alternance peut toutefois être renversée si l'enfant est pris dans ce que les Néerlandais nomment un « conflit de loyauté ». L'exemple de nos voisins hollandais nous enseigne alors que l'alternance ne doit pas nécessairement être érigée en véritable droit des parents, pas plus qu'elle n'aurait vocation à être un jugement de Salomon. La pratique de la résidence habituelle fragilise le lien entre l'enfant et le parent chez lequel, précisément, il ne fait que poser sporadiquement ses valises²⁸.
- 16 En France, la loi du 4 mars 2002 avait voulu asseoir une égalité parfaite dans l'exécution du droit de résidence, et par voie de conséquence mettre un coup d'arrêt à l'image d'Épinal d'attribution préférentielle à la mère. Alors, « voici venu le temps des pères "mères bis" niant la nécessité de la mère » (Herzog-Evans, 2014) ? Il serait mal venu de céder aux sirènes d'un sentimentalisme exacerbé : dans les faits, il ressort d'une étude effectuée en 2018 sur un échantillon de décisions du tribunal judiciaire de Béthune que la résidence alternée reste en réalité faiblement sollicitée par les pères qui, en outre, ne réclament pas subsidiairement la résidence habituelle au cas où l'alternance serait refusée²⁹. Or, si la résidence alternée est louable en ce qu'elle favorise le passage du père « légal » au père « réel », elle ne doit pas être instrumentalisée : l'affaire, largement médiatisée, de ces pères nantais qui, perchés sur leurs grues, revendiquaient la résidence alternée de leur enfant, en 2013, en est un exemple particulièrement édifiant³⁰.

4. Alors, vers une présomption de résidence alternée, enfin ?

- 17 Vouloir trouver un équilibre parfait entre les intérêts de l'enfant et celui des parents, alors que ceux du premier doivent primer ceux des seconds (Hilt, 2019, p. 19), est au mieux une chimère, au pire une erreur. Si le système d'alternance présente l'avantage de la prévisibilité³¹ et que le nomadisme peut s'avérer fatigant à la longue³², la grande plasticité – pour ne pas dire la versatilité – des solutions jurisprudentielles témoigne de ce qu'il ne saurait en réalité y avoir de principe « pour ou contre » la résidence alternée (de Cayeux, 2020, p. 70). Le manichéisme ne saurait d'ailleurs être de mise dans une matière aussi sensible. Néanmoins, il faut bien admettre, avec la quinzaine de parlementaires, que l'alternance pourrait être une solution à terme, au vu des nouvelles formes de parentalité. Elle semble ainsi être un mode de résidence privilégié en cas de famille recomposée, en vertu d'un principe d'unité de la fratrie. Par ailleurs, l'évolution jurisprudentielle récente a consacré la parentalité LGBT+³³ en permettant, entre autres, l'établissement d'un double lien de filiation ; dans ce cas précis, seul l'un des parents a généralement le lien biologique avec l'enfant. Dans ce cas, les juges pourraient être tentés de privilégier le parent « biologique » pour la fixation de la résidence³⁴, la reconnaissance d'un principe d'alternance permettrait de préserver une certaine égalité parentale.
- 18 Du côté du droit international, la résolution 2079 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 2 octobre 2015 invite les États à « introduire dans leur législation le principe d'une résidence alternée des enfants après une séparation, tout en limitant les exceptions aux cas d'abus, et en aménageant le temps de résidence en fonction des besoins et de l'intérêt de l'enfant ». Le principe, s'il est plébiscité, nous semble cependant devoir être posé avec souplesse, ce qui permettrait un aménagement judiciaire dans la durée. Nous préférons parler de « partage du temps parental » car, dans les faits, rien n'impose que le temps passé auprès de chacun des parents soit de même durée ; quand bien même ils sont liés par la demande des parties, les juges peuvent, si l'intérêt de l'enfant le commande, décider d'un partage inégal du temps³⁵. Soulignons que la Belgique a adopté

le système de l'hébergement alterné depuis 2006³⁶ et qu'elle n'a pas à rougir de son bilan : ce principe est largement appliqué au sein de la société belge, souvent directement par les parents. Le législateur belge, en fixant ce principe, a souhaité réduire le contentieux de l'hébergement. Toutefois, « il ne suffit pas que le parent qui sollicite cet hébergement revendique l'application de la loi, mais il lui appartient de permettre au tribunal d'apprécier si cet hébergement est concrètement possible³⁷ ».

- 19 Plus prosaïquement, les questions matérielles de fiscalité et de frais d'entretien seraient indéniablement simplifiées avec l'alternance. En cas de résidence alternée, sauf disposition contraire, les enfants mineurs sont réputés être à la charge égale de l'un et de l'autre parent³⁸ ; cette présomption peut être écartée s'il est justifié que l'un des parents assume la charge principale de l'enfant³⁹. La simplification serait également visible au niveau des modalités de l'obligation d'entretien⁴⁰ : en cas d'alternance, la décision judiciaire ou la convention des époux en déterminera les modalités. À défaut, le juge tranchera en appliquant les critères des articles 371-2 et 373-2-2 du Code civil. Dans ce cas, plusieurs situations sont envisageables en fonction des ressources et des charges des parents ainsi que des besoins de l'enfant : le juge peut fixer une contribution à la charge de chacun des parents, prononcer une dispense de contribution, une contribution égalitaire ou encore une réduction de son montant.
- 20 Aujourd'hui, la garde est encore très majoritairement octroyée à l'un des deux parents⁴¹ (Bonnet, Solaz, 2023), témoignage que les stéréotypes ont la vie dure. Mais les familles évoluent, et leur(s) droit(s) doi(ven)t s'adapter. Toutefois, il faut bien avouer que le flou artistique qui entoure encore le mode de résidence de l'enfant mineur d'un couple séparé a de quoi perdre même l'observateur le plus aguerri. L'analyse menée *supra* nous conduit à penser que la résidence alternée « ne doit être ni un dogme ni un mythe à atteindre dans chaque situation de séparation familiale » (Juston, 2010, p. 11). C'est pourquoi lâcher la proie pour l'ombre, c'est-à-dire l'ériger sèchement en principe, risquerait de passer sous silence l'extrême diversité de la matière familiale : la loi ne peut régir uniformément et de manière péremptoire des situations ontologiquement différentes. Une fois encore, le droit se devra donc d'être la « science des exceptions ».

BIBLIOGRAPHY

- ANTIPPAS J., 2021, « Liberté, égalité, parentalité. Réflexion à partir de la proposition de loi n° 4557 du 12 octobre 2021 », *Recueil Dalloz*, p. 2188
- BERGER M., CICCONE A., GUÉDENEY N. & ROTTMAN H., 2004, « La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans : une situation à hauts risques psychiques », *Devenir*, vol. 16, n° 3, p. 213-228
- BODIER M., BUISSON G., LAPINTE A., ROBERT-BOBÉE I., 2015, *Couples et familles*, Paris, INSEE
- BONNET C., SOLAZ A., 2023, « Séparation des parents : un risque accru de pauvreté pour les enfants ? », *Population et sociétés*, vol. 610, n° 4, p. 1-4
- BONNET C., GARBINTI B., SOLAZ A., 2015, « Les conditions de vie des enfants après le divorce », *INSEE Première*, n° 1536
- CARBONNIER J., 2000, *Droit civil, tome 2 : La famille*, 20^e éd., Paris, PUF
- CAYEUX A.-M. de, 2020, « La résidence alternée », *Gaz. Pal.*, n° hors-série 2, p. 70
- DAHAN J., 2003, *Se séparer sans se déchirer*, Paris, Pocket
- HACHET B., 2016, « Résidence alternée. Pratiques polémiques et normes ambivalentes », *Journal des anthropologues*, vol. 144-145, n° 1-2, 2016, p. 191-219
- HERZOG-EVANS M., 2014, « Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise en danger », *Revue juridique personnes et famille*, n° 7-8
- HILT P., 2019, « Réflexions autour d'une (énième !) proposition de loi visant à généraliser la résidence alternée », *RTD civ.*, p. 55
- JUSTON M., 2010, « Le challenge de la résidence alternée », *Gaz. Pal.*, n° 21, p. 11
- MESTROT M., 2004, « Aspects consensuels et conflictuels de la résidence alternée dans la loi relative à l'autorité parentale », *Petites affiches*, n° 162, p. 3
- NEYRAND G., ZAUCHE-GAUDRON C. (dir.), 2014, *Le livre blanc de la résidence alternée*, Toulouse, Érès
- ODAS (OBSERVATOIRE NATIONAL DE L'ACTION SOCIALE), 2006, *Enquête annuelle signalements en 2005. Protection de l'enfance : de nouvelles perspectives pour les départements*

NOTES

- 1 Proposition de loi n° 478 visant à permettre à l'enfant de maintenir des liens équilibrés avec ses deux parents en cas de séparation s'il y a désaccord sur le mode de résidence.
- 2 En 2009, « 160 000 enfants mineurs ont vécu le divorce de leurs parents (ou leur rupture de Pacte civil de solidarité, Pacs). Selon les déclarations fiscales, un an après l'événement, 76 % d'entre eux sont gardés principalement par leur mère et 9 % principalement par leur père » (Bonnet, Garbinti, Solaz, 2015). D'autres chiffres, du même ordre de grandeur, peuvent être avancés : « Dans les années 2009-2012, le nombre des séparations est de 253 000 par an, dont 115 000 touchent des enfants mineurs. Le nombre d'enfants mineurs impliqués dans ces séparations a augmenté, passant de 145 000 à 191 000 entre ces deux périodes » (Bodier, Buisson, Lapinte, Robert-Bobée, 2015, p. 19).
- 3 Selon la proposition de loi présentement analysée, les premières phrases seraient remplacées par les trois alinéas suivants : « À défaut d'accord entre les parents sur le mode de résidence de l'enfant, le juge fixe prioritairement l'hébergement de l'enfant de manière équilibrée entre ses deux parents, dans l'intérêt supérieur de celui-ci en application de l'article 371-1. / Lorsque le juge estime que la modalité de cette alternance doit être adaptée dans le temps, en particulier du fait du très bas âge de l'enfant, il le précise sous forme de décision provisoire, ou prévoit une autre modalité à échéance définie. / Lorsque l'enfant ne peut bénéficier de ces dispositions, le juge motive spécialement sa décision et privilégie la solution qui préserve l'environnement habituel de l'enfant. »
- 4 Réponse du ministère de la Justice, publiée dans le *JO Sénat* du 2 mars 2023 (p. 1577), à la question écrite n° 05375 de M. Yves Détraigne (Marne - UC), publiée dans le *JO Sénat* du 16 février 2023 (p. 1105).
- 5 Proposition de loi (PPL) n° 307 du 17 octobre 2017.
- 6 PPL n° 3163 du 30 juin 2020, n° 628 du 13 juillet 2020, n° 3852 du 9 février 2021 et n° 4557 du 12 octobre 2021.
- 7 Le premier alinéa de l'article 373-2-9 du Code civil demeure, à ce jour, encore inchangé.
- 8 C'est également ce que souhaite une partie de la doctrine.

9 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du ^{xxi}^e siècle dite J 21. Elle institue, entre autres, de nouvelles modalités de divorce par consentement mutuel. Des auteurs ont parlé, avec cynisme, de « divorce à la Las Vegas ».

10 Le divorce est particulièrement symptomatique de la tendance : utilisation réduite en 1804, supprimé en 1816, fondé sur la faute en 1884, étendu en 1975, sous la forme d'un acte d'avocat depuis 2017.

11 Sous sa forme la plus répandue : vingt-six jours chez un parent et quatre jours par mois (soit une fin de semaine sur deux) au domicile de l'autre, avec partage des vacances scolaires par moitié.

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

13 Cass., 2^e civ., 21 mars 1983, JCP 1984.

14 Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, dite loi Malhuret.

15 Convention du 20 novembre 1989, art. 9, § 3 : « Les États parties respectent 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. »

16 CA Paris, 10 février 1999, n° 1999-020221.

17 Ce faisant, il a choisi « de valoriser et d'inciter les accords parentaux », gage d'une meilleure application de l'alternance par ses aspects responsabilisants (Mestrot, 2004).

18 Selon la proposition de loi analysée, l'intérêt supérieur de l'enfant commande « qu'il puisse entretenir des liens forts, réguliers et équilibrés avec ses deux parents afin qu'il reçoive également de chacun d'eux les soins, l'éducation, l'instruction et l'assistance morale ».

19 Article 373-2-11 du Code civil.

20 Nous partageons en cela la doctrine du ministère de la Justice, dans sa réponse précitée : « Si la résidence alternée peut être encouragée, il est essentiel de conserver la possibilité pour le juge de prendre en compte la réalité de chaque situation familiale et d'apprécier au cas par cas l'intérêt de

l'enfant afin d'ajuster sa décision aux multiples configurations familiales. La résidence alternée paritaire ne peut être un modèle unique pour tous. »

21 Il faut néanmoins préciser que certaines décisions ont pris l'exact contrepied de la tendance à octroyer la résidence à la mère lorsque l'enfant est encore très jeune. Voir, par ex., CA Aix-en-Provence, 6^e ch., section A, 27 février 2007, n° 2007-342859 ; CA Chambéry, 3^e ch., 23 janvier 2017, RG n° 16/01361 ; CA Bordeaux, 18 mai 2021, n° 20/03270.

22 Voir, par ex., sur ce point : CA Paris, 24^e ch., 17 juin 2004, n° 2004/243594 ; CA Douai, 26 mai 2011, n° 10/04663 ; CA Douai, 7^e ch., 30 juin 2011, n° 10/05573 ; CA Bourges, 28 février 2013, n° 12/00899 ; Cass., 1^{re} civ, 12 juin 2014, n° 13-15.411 ; JAF Bobigny, 18 décembre 2018, n° 18/08690 ; CA Dijon, 27 mai 2021, n° 20/00501 ; CA Aix-en-Provence, 7 juin 2022, n° 20/07847.

23 En particulier l'assertion suivante : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

24 Article 388-1 du Code civil ; articles 338-1 à 338-12 du Code de procédure civile.

25 Article 373-2-10 du Code civil, récemment modifié par la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020.

26 « En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. / À l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge *peut leur proposer* une mesure de médiation, sauf si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des parents sur l'autre parent, et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder, y compris dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale » (nous soulignons).

27 « [Le juge] peut de même leur enjoindre, sauf si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des parents sur l'autre parent, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure. »

28 Nul besoin de préciser ici que de pléthoriques études attestent que l'enfant a quotidiennement besoin de ses deux parents.

29 Le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes a indiqué dans son rapport du 22 novembre 2017 que « si la résidence des enfants est majoritairement fixée aujourd'hui chez les mères, c'est parce que les pères ne la demandent pas. En effet, 93,4 % des décisions des juges aux affaires familiales sont rendues conformément à la demande des pères et 95,9 % conformément à la demande des mères ».

30 Rappelons, pour l'anecdote, que le premier avait été condamné pour soustraction d'enfant et que le second était poursuivi du chef de violences conjugales et maltraitance sur son propre enfant.

31 CA Versailles, 9 février 2017, n° 16/08609.

32 Cass., 1^{re} civ., 24 juin 2015, n° 14-20.000.

33 Voir les récentes décisions du Tribunal judiciaire de Paris n° 20/37273 et n° 20/37274, en date du 7 janvier 2022, sur validation d'une délégation-partage croisée conférant à quatre parents LGBT+ les prérogatives de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de deux enfants.

34 Voir, par ex., Cass., 1^{re} civ., 13 juillet 2017, n° 16-24.084.

35 Cass., 1^{re} civ., 25 avril 2007, n° 06-16.886.

36 Article 374 du Code civil belge.

37 Civ. Bruxelles, 110^e chambre, 27 mars 2013, *Actualités du droit de la famille*, n° 6, 2013, p. 118.

38 Article 194 du Code général des impôts.

39 Cass., 1^{re} civ., 9 septembre 2015, n° 14-23.687.

40 Cass., 2^e civ., 14 janvier 2010, n° 09-13.061.

41 C'est en tout cas ce que l'exposé des motifs de la proposition de loi du 15 novembre, présentement analysée, semble mettre en exergue – à grand renfort de données chiffrées dont on regrette qu'elles ne soient pas toujours sourcées.

ABSTRACT

Français

L'inflation législative galopante en droit de la famille pousse régulièrement la résidence de l'enfant qui endure la séparation de ses parents sous les feux de l'actualité juridique, mais également sur la table de travail des parlementaires. Les propositions de loi relatives à l'institution d'un principe de « rési-

dence alternée » sont légion ; elles se succèdent... et se ressemblent. Celle du 15 novembre 2022 n'a visiblement pas été suivie d'effets. L'avenir nous dira si la dernière en date, la proposition visant à favoriser la résidence alternée de l'enfant en cas de séparation de ses parents adoptée par les sénateurs le 14 décembre 2023, connaîtra un avenir plus prospère que ses nombreuses devancières.

INDEX

Keywords

article 373-2-9, séparation, autorité parentale, résidence alternée,
proposition de loi, famille

AUTHOR

Emmanuelle Bornet

Doctorante, Université Toulouse Capitole, Institut des études juridiques de
l'urbanisme, de la construction et de l'environnement (IEJUC - EA 1919) ;
emmanuelle.bornet@gmail.com