



**HAL**  
open science

# Les critères de la mise en place de la résidence alternée : étude de décisions de cours d'appel (Bordeaux, Lyon, Aix-en-Provence, Versailles)

Caroline Siffrein-Blanc

## ► To cite this version:

Caroline Siffrein-Blanc. Les critères de la mise en place de la résidence alternée : étude de décisions de cours d'appel (Bordeaux, Lyon, Aix-en-Provence, Versailles). *Droit de la famille*, 2019, n°7-8, p. 15, n°28. hal-04608630

**HAL Id: hal-04608630**

**<https://hal.science/hal-04608630>**

Submitted on 14 Jun 2024

**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.

## Les critères de la mise en place de la résidence alternée révélés par l'étude de décisions de Cour d'appel (Bordeaux-Lyon-Aix-en-Provence-Versailles)

---

Caroline SIFFREIN-BLANC, MCF AMU LDPSC EA 42-90

**Le périmètre de l'étude de jurisprudence :** 55 décisions de jurisprudence étudiées (4 cours d'appel, AIX, Lyon, Versailles, Bordeaux sur 2 ans 2016-2017)

### Le contexte juridique :

La Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 nov. 1989, prévoit en son article 7 que l'enfant doit dans la mesure du possible, d'être élevé par ses deux parents et impose en son art. 9, § 3, de faire respecter le droit de l'enfant, séparés de ses parents, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec eux, sauf si cela est contraire à son intérêt supérieur. Ainsi, l'enfant a un droit propre à être élevé et entretenir des relations avec ses deux parents et les États seraient débiteurs d'une législation permettant d'en garantir et d'en assurer l'effectivité.

La recommandation de 2015 du conseil de l'Europe 2079 ...

A la différence de certains États européens<sup>1</sup>, qui posent la résidence alternée comme le mode prioritaire d'hébergement, le droit français, depuis l'entrée en vigueur de l'article 373-2-9 du code civil<sup>2</sup>, issu de la loi du 4 mars 2002, reconnaît la résidence alternée comme une branche de l'alternative offerte au juge et aux parents lorsqu'ils doivent fixer la résidence de l'enfant. Si récemment, une proposition de loi en date du 17 oct. 2017,<sup>3</sup> visait à poser la résidence alternée comme principe en cas de séparation des parents, elle fut finalement retirée tant elle suscita de polémiques. Ni posée comme un principe ni comme une modalité à privilégier, le juge français choisit la résidence alternée ou la résidence habituelle en veillant spécialement à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant<sup>4</sup>.

Souvent portée par le désir, bien compréhensible des parents, qu'aucun d'eux ne soit exclu, par la séparation, de la vie de son enfant<sup>5</sup>, la résidence alternée ne constitue pas un droit pour l'un ou l'autre des parents et encore moins une victoire de l'un sur l'autre, mais doit être examinée exclusivement sous le prisme de l'intérêt supérieur de l'enfant (I).

Que la preuve de l'intérêt de l'enfant soit présumée ou à rapporter pour justifier la résidence alternée, l'étude met également en avant les critères déterminants servant la décision des juges (II).

---

1 Leleu, *Droit des personnes et des familles*, 2e éd., 2010, Larcier, no 760, p. 703.

Ancel, « La résidence alternée : panacée ou pis-aller ? », *AJ fam.* 2015. 213. En droit belge, l'article 374, § 2, alinéa 2, du code civil belge, « à défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents ». L'article 374, § 2, alinéa 4, du même code précise que « si le juge choisit de s'écarter du modèle législatif, il doit spécialement motiver sa décision, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause, de l'intérêt des enfants et, importante innovation, de celui des parents.

De même, aux Pays-Bas, une loi de 2009 prévoit le droit pour l'enfant à être élevé de façon égalitaire par les deux parents, la présomption de résidence alternée instaurée par le législateur pouvant être renversée en cas de danger pour l'enfant ou lorsque celui-ci est pris dans un conflit de loyauté.

2 Article 373-2-9 du code civil relève 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.

3 Proposition du 17 octobre 2017, relative au principe de garde alternée des enfants.

4 Art. 373-2-6 du code civil

5 Céline Cadars-Beaufour, Avocate La résidence alternée, principe ou exception ? État du droit et de la jurisprudence *AJ Famille* 2018 p. 264.

## I. L'intérêt de l'enfant : le critère déterminant

### A. Intérêt de l'enfant et non égalité des parents

Après avoir longtemps été décriée <sup>6</sup>, l'alternance semble aujourd'hui considérée comme un des moyens de garantir une véritable coparentalité <sup>7</sup>. En effet, la résidence alternée constitue le moyen concret de restaurer les fonctions biparentales et de lutter contre la démission de certains parents <sup>8</sup>. Elle permet à chacun des parents d'exercer de façon effective leur autorité parentale conjointe, de manière égalitaire sur l'enfant. La résidence alternée apparaît donc comme l'outil le plus abouti de la coparentalité.

Or, un tel discours tend à mettre plus l'accent sur l'égalité des parents, que sur les besoins de l'enfant. L'enfant devient alors trop souvent une arme dans la guerre que les parents se livrent, au nom d'un droit à l'égalité des genres.

Une réponse ministérielle<sup>9</sup> est venue préciser que la résidence alternée, en particulier, ne saurait être la conséquence d'une revendication purement égalitaire des droits entre le père et la mère au mépris de l'examen des situations individuelles et de la recherche des solutions les plus adaptées aux besoins des mineurs, et en particulier des très jeunes enfants. Dans la recherche de cet équilibre délicat, le seul critère qui doit être retenu est celui de l'intérêt de l'enfant.

Guidés par la mission qui leur est confiée de veiller à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant (art. 373-2-6 du code civil), les juges replacent le discours et la motivation de leurs décisions autour de la notion d'intérêt de l'enfant. L'étude a confirmé que l'intérêt supérieur de l'enfant devait constituer l'unique principe<sup>10</sup> pour fixer cette modalité. En effet, les juges rappellent que le législateur laisse au juge le soin, en cas de désaccord entre les parents, de choisir, conformément à la prescription générale de l'article 373-2-6, la mesure la plus appropriée pour sauvegarder les intérêts des enfants mineurs <sup>11</sup>. Ainsi le visa fait par les juges du fond de l'article 373-2-6 du code civil sonne comme un rappel à la mission du JAF de statuer en fonction du seul intérêt de l'enfant.

La cour d'appel de Versailles se démarque en ce qu'elle cite dans 1/3 de ses décisions l'article 373-2-6 du code civil pour rappel aux juges du fond (pour aix 1/4, pour bordeaux 1/4)

---

<sup>6</sup> La Cour de cassation avait condamné l'idée d'une garde alternée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 mai 1984, *JCP éd. G.*, 1985, II, 20412, obs. Alain Dekeuwer ; *RTD civ.*, 1984, p. 691, obs. Roger Nerson et Jacqueline Rubellin-Devichi) et la loi du 22 juillet 1987 avait exigé expressément que soit fixée la résidence habituelle de l'enfant chez un seul parent. V. Vincent Bonnet, *Droit de la famille*, éd. Paradigme, 2007, n°235 ; HILT Patrice, « Résidence alternée : Le point sur une jurisprudence partagée », *AJF*, 2001, p. 43.

<sup>7</sup> Mulon-Monteran Élodie, « La nouvelle autorité parentale », *RJPF*, avril 2002, p. 6.

<sup>8</sup> Fulchiron Hugues, note sous CA Lyon, 5 octobre 1993, *JCP éd. G.*, 1994, II, 22231 : « Comment peut-il vraiment y avoir coparentalité, s'il n'y a pas de partage de la vie quotidienne » ; Briere Carine, « La coparentalité : mythe ou réalité ? (Commentaire de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale), *RD sanit. soc.*, 2002, p. 567 ; Neyrand Gérard, *L'enfant face à la séparation des parents. Une solution, la résidence alternée*, éd. Syros, coll. Alternatives sociales, 2001, 248 pages.

<sup>9</sup> Rép. min. n° 12373, JOAN Q 12 août 2008

<sup>10</sup> CA Versailles, 2 juin 2016, *Juris-data* n° 2016-011719 : « seul l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte » ; CA Versailles, 26 mai 2016, *Juris-data* n° 2016-010414 ; CA Versailles, 26 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-009234.

Exemple : CA Versailles, 9 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-012242 « il convient tout d'abord de rappeler que seule la recherche du meilleur intérêt d'Anaïs, âgée de 7 ans, doit guider la fixation de sa résidence habituelle, et que le choix opéré ne constitue pas une appréciation sur les qualités éducatives et parentales de l'un ou l'autre des parents (...)» ; CA Aix, 4 mai 2017, *Juris-data* n° 2017-008793.

<sup>11</sup> CA bordeaux , 4 avril 2017, *Juris-data* n° 2017-006532

Si l'intérêt de l'enfant constitue le critère de référence et la considération primordiale dans la décision justifiant la mesure, l'appréciation de ce critère peut varier selon les juridictions.

## B. Intérêt de l'enfant présumé ou à caractériser ?

L'intérêt de l'enfant relève essentiellement du pouvoir souverain des juges du fond<sup>12</sup> auxquels il est toutefois fait obligation de motiver leur décision<sup>13</sup> sans pouvoir se contenter de considérations générales<sup>14</sup>.

Pour autant, dans leur pouvoir souverain, les juges d'appel semblent adopter deux raisonnements différents dans l'appréhension de la notion d'intérêt de l'enfant :

Tantôt, la résidence alternée est présumée être la modalité qui répond par principe à l'intérêt de l'enfant. Citant l'article 9 de la CIDE, les juges rappellent le droit de l'enfant de ne pas être séparé de leurs parents, d'être élevés par eux dans la mesure du possible et d'entretenir des relations avec leurs deux parents<sup>15</sup>. L'intérêt de l'enfant étant de passer le plus de temps avec chacun de ses parents, la résidence alternée est analysée comme le mécanisme permettant le respect de ses droits fondamentaux et donc de son intérêt. Certaines juridictions (notamment Cour d'appel de Versailles<sup>16</sup>, la cour d'appel de bordeaux n'adopte pas ce raisonnement) présentent la résidence alternée, comme répondant *de façon générale et abstraite*, à l'intérêt de l'enfant.

La résidence est vue comme un mode de résidence permettant d'entretenir avec chacun des parents des relations régulières et équilibrées, simple et prévisible<sup>17</sup> de nature à leur permettre de bénéficier des apports de nature différente mais complémentaires<sup>18</sup>. La cour de Versailles

---

<sup>12</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mars 2005, pourvoi n°02-11247

<sup>13</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 mars 2006, n°05-14696 : « en statuant ainsi par de simples affirmations ne constituant pas une motivation permettant à la Cour de Cassation d'exercer son contrôle, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ».

<sup>14</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 septembre 2017, n°07-12116 : « il y avait lieu de mettre en place une résidence alternée une semaine sur deux afin d'éviter à Victor des changements trop fréquents de domicile et de faciliter sa vie quotidienne, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir l'existence de circonstances nouvelles depuis la dernière décision ayant statué sur la résidence, tenant aux difficultés rencontrées dans la mise en place de l'organisation retenue, et qui a recherché **les modalités les plus conformes à l'intérêt de l'enfant sans se fonder uniquement sur des considérations générales**, a légalement justifié sa décision »

<sup>15</sup> V. Art. 7 de la CIDE et art. 9 de la CIDE « 1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. »

<sup>16</sup> CA Versailles, 9 février 2017, *Juris-data* n° 2017-002293 ; CA Versailles, 26 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-009234.

<sup>17</sup> CA Versailles, 9 février 2017, *Juris-data* n° 2017-002293 : « l'alternance est un système simple, prévisible, qui permet aux enfants comme aux parents de se projeter dans l'avenir et de construire des projets fiables ; qu'elle est de nature à réduire les conflits liés à l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement et aux modifications qu'un tel système engendre »

<sup>18</sup> CA Lyon, 28 octobre 2016, *Juris-data* n°2016-022694 : « la résidence alternée présente des garanties propres à assurer aux enfants une vie équilibrée et épanouie, qu'en effet l'intérêt des enfants est de maintenir, nonobstant la séparation, des relations constantes et soutenues avec chacun des deux parents »

CA Chambéry, 23 janvier 2017, n°16/01361, *Juris-data* n°2017-000892 : « l'intérêt de l'enfant est de préserver la continuité et l'effectivité des liens avec chacun de ses parents (...) et non de privilégier le lien avec un seul de ses parents » ; CA Limoges, 20 janvier, 2014, n°13/00066 « Ce choix est fait car l'équilibre des enfants et leur construction passe par le maintien de liens forts avec chacun des parents » ; CA Aix, 6ème 9 octobre 2014, *Juris-data* n° 2014-023523 : « L'organisation d'une résidence alternée qui permet à l'enfant de profiter pleinement de

motive l'apport des liens différenciés pour la mère « le champ de la protection émotive », pour le père « le champ de la loi structurante »<sup>19</sup>. Elle permet également aux parents et aux enfants de « se projeter dans l'avenir et de construire des projets fiables »<sup>20</sup>.

La résidence alternée est *ab initio* présumée comme étant un outil répondant à *l'intérêt général et abstrait de l'enfant*, à charge pour celui qui veut écarter ce mode résidence de *démontrer in concreto* qu'il n'est pas de son intérêt de vivre une telle modalité<sup>21</sup>.

Tantôt, les juges exigent la preuve d'un l'intérêt particulier, concret à chaque enfant, pour justifier de prononcé d'une résidence alternée Dans ce cas, l'intérêt de l'enfant est apprécié au cas par cas en prenant appui notamment sur les critères légaux ou jurisprudentiels. Le juge recherche alors la résidence la plus adaptée à l'enfant sans partir du présupposé que la résidence alternée est la plus adaptée<sup>22</sup>.

De façon assez nette le premier des raisonnements, adopté majoritairement par la cour d'appel de Versailles et jamais devant la cour de bordeaux, conduit à mettre en exergue une appréciation différenciée par les juges entre intérêt de l'enfant et résidence alternée. Le premier des raisonnements donne une place prioritaire à la résidence alternée en adoptant, une présomption réfragable en faveur de la résidence alternée, le second place la résidence comme un mode parmi d'autres qu'il faut impérativement justifier.

Qu'il s'agisse d'apporter une preuve négative en défaveur de la résidence alternée ou sa preuve positive, les juges s'appuient sur des critères déterminants. Ils doivent déterminer ce qui correspond le mieux à l'intérêt de l'enfant en se fondant sur des éléments aussi objectifs que possible. Certains de ces éléments sont prévus par le législateur d'autre dégagés par la jurisprudence.

## II. L'intérêt de l'enfant : les critères déterminants d'évaluation

---

*l'affection et de l'apport éducatif complémentaire de ses deux parents, apparaît favorable à son bon développement »*

<sup>19</sup> CA Versailles, 1<sup>re</sup> décembre 2016, *Juris-data* n° 2016-026504, CA Versailles, 16 mars 2017, *Juris-data* n°2017-00567 ; CA Versailles, 30 mars 2017, *Juris-data* n°2017-006278 ; CA Versailles, 23 février 2017, *Juris-data* n°2017-003308 ; CA Versailles, 9 février 2017, *Juris-data* n° 2017-002293

<sup>20</sup> CA Versailles, 26 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-009234.

<sup>21</sup> Par exemple CA Versailles: « ne démontre pas qu'il serait contraire à son intérêt qu'une alternance soit mise en place ; CA Lyon, 4 octobre 2016, *Juris-data* n° 2016-020549 « La mère ne démontre pas que la résidence alternée soit contraire à l'intérêt de l'enfant » ; CA Poitiers 28 mai 2014, n°13/02929 *Juris-data* n°2014- 015903 : « **Pourtant la résidence alternée, déjà recommandée par l'enquête sociale, est la solution la plus conforme à l'intérêt théorique des deux mineurs car chacun des parents peut ainsi restaurer avec l'enfant une relation paisible.** »

<sup>22</sup> **Par exemple** CA Bordeaux, 9 novembre 2016, *Juris-data* n°2016-024668: « la résidence alternée n'est pas une fin en soi », sans remettre en cause l'attachement, il convient de démontrer l'intérêt pour l'enfant de la mesure CA Bordeaux 04 avril 2017, *Juris-Data* n°2017-006532 : le père « ne vient pas démontrer que la résidence alternée qu'il revendique est davantage conforme à l'intérêt de sa fille ».

CA Bordeaux, 23 mai 2017, *Juris-data* n°2017-010384 : « En définitive M.B. ne vient pas démontrer que la résidence alternée qu'il revendique pour ses enfants est davantage conforme à leur intérêt ».

**CA Lyon, 21 février 2017, *Juris-data* n°2017-003093** : « le père ne démontre pas que l'enfant est en difficulté dans le contexte de vie actuel »

**CA Aix 17 février 2017, *Juris-data* n° 2017-009113** (Demande RA refusée, RH antérieure), « le père ne démontre pas que la situation actuelle créé un mal être pour l'enfant »

À cet effet, sont examinés dans l'étude la réception par les juges du fond des critères légaux envisagés par l'art. 373-2-11 du code civil, relatif aux modalités d'exercice de l'autorité parentale (1). L'étude confirme que la liste n'est cependant pas limitative<sup>23</sup> et que la jurisprudence vient régulièrement la compléter par d'autres critères (2).

#### A. Les critères légaux

L'article 373-2-11 du code civil fixe 6 critères légaux :

- 1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ;
- 2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article [388-1](#) ;
- 3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ;
- 4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ;
- 5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article [373-2-12](#) ;
- 6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre.

Cette liste est double : elle permet à la fois de dégager les éléments qui pourront être pris en compte par le juge pour fonder sa décision et les outils qu'il peut mobiliser dont le juge dispose pour recueillir les éléments d'appréciation dont il a besoin

##### 1. La pratique antérieure (1°)

**La pratique antérieure.** Le premier critère listé s'attache à la prise en compte de « *la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure* ». De façon générale, les juges ne reprennent pas dans leur motivation la formule littérale, mais en reproduisent l'esprit en faisant émerger un critère jurisprudentiel, plus large et essentiel dans la détermination de l'intérêt de l'enfant celui du « maintien des repères et de la stabilité de l'enfant »<sup>24</sup>. Dépassant la seule pratique ou les accords des parents, mais s'attachant à la situation dans laquelle est inscrite l'enfant, les juges présument qu'elle correspond à l'intérêt de l'enfant puisqu'elle est pour lui source de repères et de stabilité<sup>25</sup>. Le parent désireux de remettre en cause la pratique antérieure doit démontrer qu'elle est déstabilisante pour l'enfant<sup>26</sup>.

**La pratique** que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure. L'étude met exergue la place essentielle de la pratique dans la détermination de l'intérêt de l'enfant (v. *Infra* sur le maintien des repères et de la stabilité de l'enfant). Les décisions présument que la situation en place est celle correspondant à l'intérêt de l'enfant au motif qu'il convient de privilégier « la stabilité des enfants »<sup>27</sup>. Le parent désireux

---

23 P. Julien, « Résidence alternée », *AJF*, mai 2018, p. 268. V. également Céline Cadars-Beaufour, « Résidence alternée, principe ou exception », *AJF*, mai 2018, p. 264.

24 cf. *Infra* B. Les critères jurisprudentiels

25 Céline Cadars-Beaufour, « Résidence alternée, principe ou exception », *op. cit.*

26 CA Versailles, 9 février 2016, *Juris-data*, n°2017-002293.

27 Céline Cadars-Beaufour, « Résidence alternée, principe ou exception », *AJF*, mai 2018, p. 264.

de remettre en cause la pratique antérieure doit démontrer qu'elle est déstabilisante pour l'enfant <sup>28</sup>.

## 2. *Les sentiments exprimés par l'enfant (2°)*

Les normes internationales et européennes reconnaissent le droit pour le mineur doué de discernement d'être entendu dans toute procédure, administrative ou judiciaire, le concernant<sup>29</sup>. Suivant les prescriptions internationales, la France s'est dotée d'un dispositif reconnaissant le droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure le concernant. On est ainsi passé d'un élément d'appréciation, laissé à la discrétion du juge, à un véritable « droit de l'enfant » opposable au juge à moins qu'il ne soit pas discernant<sup>30</sup>.

Alors que la cour de cassation retient que le seul âge du mineur ne suffit pas à expliquer en quoi celui-ci n'est pas capable de discernement <sup>31</sup>, l'étude montre encore des décisions écartant l'audition de l'enfant sur le seul motif du jeune âge sans pour autant caractériser l'absence de discernement<sup>32</sup>.

Afin que l'enfant puisse exercer son droit à être entendu, encore faut-il qu'il en soit informé. Cette information pèse sur les parents de l'enfant. Ces derniers sont avisés de leur droit et de leur devoir par les magistrats, leur rappelant les dispositions de l'article 388-1 du code civil. La Cour d'appel de Bordeaux semble ne pas pratiquer ce rappel, du moins ne précise pas dans ses décisions que le rappel a été réalisé à la différence des autres juridictions (CA Aix, Versailles, et Lyon). Affichant la date de l'avis adressé aux parents dans certaines de leurs décisions et pas dans d'autres, il semblerait qu'une corrélation puisse être faite, entre le rappel fait aux parents et l'âge de l'enfant<sup>33</sup>, en deçà d'un seuil d'âge les parents n'étant pas avisés de leur devoir

---

<sup>28</sup> CA Versailles 9 février 2016, *Juris-data*, n°2017-002293 « qu'aucun d'eux n'allègue que ce mode de résidence soit la source d'un mal-être palpable chez les enfants justifiant de bouleverser leurs habitudes quotidiennes et leurs repères »

<sup>29</sup> Ainsi, l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant reconnaît à l'enfant « capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant ». En application de ce même article, les États doivent donner à l'enfant « la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié ». De même, destinée à renforcer les droits procéduraux du mineur, la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, art. 3 et 6, impose à toute autorité judiciaire de consulter l'enfant, « sous une forme appropriée à son discernement, à moins que ce ne soit manifestement contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant ».

<sup>30</sup> Article 381-1 du code civil.

<sup>31</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 mars 2015, no 14- 11.392 P, D. 2015. 1919, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2015. 352, obs. J. Hauser.

<sup>32</sup> CA Bordeaux, 27 septembre 2016, *Juris-data* n°2016-019994 : « Le jeune âge de N. empêche à l'estimation de la cour de l'entendre dans les conditions prévues à l'article 388-1 du code de procédure civile », CA Bordeaux 14 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-005973 : « Les sentiments exprimés par l'enfant mineur ne peuvent être reçus dans les conditions de l'article 388-1 eu égard à son jeune âge.

V. CA Lyon n°6 (âge 9 ans parents avisés et refus d'audition : « au motif qu'il ne dispose pas du discernement prévu à l'article 388'1 du Code civil » sans aucune autre motivation)

<sup>33</sup> AIX La Cour d'appel d'Aix précise dans certaines de ces décisions par un visa qu'elle a fait un rappel de l'article 388-1 et précise la date de l'avis adressé aux parties les informant de leur droit.

En revanche certaines décisions ne contiennent pas ce visa ; l'âge des enfants étant bas (5 ans pour la décision n°8, 4 ans pour la décision n°10)

n°7 **CA aix 16 mars 2017, juris-data n° 2017-018850** (age des enfants 10 et 7 ans) « Vu les dispositions de l'article 388-1 du code civil et l'avis adressé aux parties le 2 février 2016 » n°1 (age 14 et 12)

BORDEAUX La cour de Bordeaux ne semble pas s'inscrire dans cette pratique : pas de visa pour l'arrêt n°4 (âge 7 et 6) ; n°7 (10 ans pas d'audition dans la décision) ; n°8 (âge 11 et 8)

VERSAILLES La cour d'appel de versailles ne semble pas non plus s'inscrire dans cette pratique (n°4 âge 9 et 8 ans et pas d'audition ; n°7 âge de l'enfant 7 ans pas d'audition) mais elle précise dans une de ces décisions **CA versailles 8 décembre 2016, juris-data n° 2016-027703** n°10 (âge 15 et 13 ans) « « L'ordonnance plaçant l'affaire sous le régime de l'article 905 du code de procédure civile a enjoint aux parties d'informer leurs enfants du droit à



d'informer l'enfant de son droit à audition. Or, cela reviendrait en réalité à préjuger, en fonction de l'âge, de la condition de discernement requise par l'article 388-1.

Lorsque les sentiments sont exprimés, il est régulièrement rappelé que l'avis de l'enfant ne lie pas le juge<sup>34</sup>, qu'il doit en apprécier souverainement la portée en fonction des circonstances de la cause<sup>35</sup>. Le témoignage du mineur doit rester consultatif. Néanmoins, même si le principe de l'indépendance du juge quant à la parole de l'enfant est clairement posé, on remarque que sur la totalité des décisions soumises à notre étude, aucune mesure d'alternance n'a été mise en place *contre la volonté de l'enfant*. En d'autres termes, on ne trouve aucune décision dans laquelle les juges imposent à l'enfant une alternance de la résidence contre sa volonté<sup>36</sup>. Par ailleurs, on peut noter que la volonté *exprimée par l'enfant jeune adolescent* devient un critère privilégié lorsque le juge estime, qu'au regard de l'âge et de la maturité de l'enfant, son avis doit être prioritaire<sup>37</sup>. Il fut également intéressant de relever, la prise en compte par les juges de la « *non demande d'audition d'une jeune adolescente* » ou du « *refus d'audition* ». En effet, pour les juges cette absence de demande ou ce refus constitue soit un élément d'information<sup>38</sup>, soit une présomption selon laquelle l'enfant ne souhaite pas modifier sa situation<sup>39</sup>.

### *3. L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre.(3°)*

L'expression, « l'aptitude à assumer ses devoirs », n'est que peu usitée dans les décisions. Vague, cette notion doit être entendue comme l'aptitude à remplir la fonction d'autorité parentale qui leur a été confiée. Selon l'article 371 du code civil, l'autorité parentale « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ».

---

être entendu conformément aux dispositions de l'article 388-1 du code civil. Elles n'en ont pas justifié ». (IDEM pour l'arrêt n°15 âge de 11 ans)

LYON : pas de visa pour l'arrêt n°1 (âge 7 ans et pas d'audition), n°7 (3 ans)

mais l'arrêt n°2, CA *lyon 17 janvier 2017, juris-data n° 2017-000518* précise « Les parties ont par ailleurs été avisées des dispositions de l'article 388-1 du code civil relatives à l'audition de l'enfant mineur » (âge 16 et 13 ans des enfants) ; ; n°8 (âge 7 ans)

<sup>34</sup> CA Versailles, 30 mars 2017, *Juris-data* n°2017-006278, : « il doit être rappelé que l'avis de l'enfant ne lie pas le juge qui doit prendre en considération, en l'espèce, l'intérêt de deux enfants dont l'un n'a pas souhaité s'exprimer »

<sup>35</sup> CA Versailles, 16 mars 2017, *Juris-data* n°2017-00567 ; CA aix, 6<sup>ème</sup> ch. 12 octobre 2004, n°800, « l'enfant ne peut pas être juge de son propre intérêt. Il est dangereux de le laisser maître de la décision sous peine de l'enfermer dans un conflit de loyauté envers ses parents, voire de lui donner un sentiment de toute puissance »

<sup>36</sup> CA Versailles, 26 mai 2016, *Juris-data* n° 2016-010340, le refus des jeunes adolescents de changer le mode de résidence (17 et 15ans) a été l'argument retenu par les juges pour refuser la résidence alternée.

CA Aix, 16 mars 2017, *Juris-Data* n°2017-00892, le refus exprimé par les enfants de connaître une résidence alternée a notamment été pris en compte par les juges pour remettre en cause une résidence alternée.

<sup>37</sup> CA Versailles, 2 juin 2016, *Juris-data* n°2016-011719 (âge 15 ans et 10 ans) ; CA Versailles, 26 mars 2016, *Juris-data* n°2016-010340 (âges des enfants 17 et 15 ans) ; CA Versailles, 26 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-009234 (âge 10 et 12 ans).

<sup>38</sup> CA Aix, 17 février 2017, *Juris-data* n° 2017-009113 : « Solène n'a pas sollicité son audition devant la cour pour exprimer ses sentiments sur le sujet, alors qu'elle est, âgée de 14 ans »

<sup>39</sup> CA Aix 28 juin 2016, *Juris-data* n°2016-02332 : « l'enfant est âgé de 13 ans et n'a pas souhaité être entendu, il convient d'en tirer toute conséquence utile et de maintenir en l'état la résidence alternée qui permet un égal accès de l'enfant à chacun de ses parent et réciproquement ».



Pour vérifier l'aptitude des parents à assumer leurs devoirs les juges s'appuient sur plusieurs éléments :

Premièrement, ils évoquent systématiquement les *qualités éducatives et affectives des parents*. Évidemment, il s'agit ici de savoir si les parents sont aptes à pourvoir aux besoins affectifs, éducatifs de l'enfant. Les juges apprécient la qualité du lien affectif liant l'enfant au parent et réciproquement (une attention particulière est portée aux situations d'aliénation parentale) et à la capacité du parent à appréhender l'intérêt de l'enfant<sup>40</sup>. Dans ce cadre, les qualités psychologiques, l'état de santé des parents, est évidemment un des critères déterminants de leurs capacités éducatives.

L'autonomie des parents dans leur éducation est également appréciée. A ce titre, le recours aux aides extérieures pour seconder les parents dans les tâches éducatives, n'est pas un élément, les disqualifiant dans leurs qualités éducatives<sup>41</sup>. En revanche, l'absence de maîtrise de la langue française<sup>42</sup> ou l'absence de permis de conduire<sup>43</sup> pouvant être source d'inconfort quant aux soins à donner ou à l'éducation à apporter à un jeune enfant, ont été des éléments justifiant l'éviction de la résidence alternée.

S'il évoque plus particulièrement les qualités éducatives et affectives, l'attention portée aux soins de santé, dont l'enfant aurait besoin (besoin de soin d'orthophonie, handicap physique de l'enfant, soin psychologique)<sup>44</sup> est évidemment pris en compte dans l'évaluation des parents à répondre à leur responsabilité parentale.

Les capacités à assumer leurs devoirs s'entendent également de la capacité à apporter des *conditions matérielles d'accueil suffisantes*, telles la taille du logement<sup>45</sup>, la possibilité pour l'enfant d'avoir une chambre<sup>46</sup> que pour répondre au bien-être de l'enfant. En résidence alternée, l'accueil étant régulier, l'enfant doit pouvoir bénéficier d'une qualité de vie confortable chez ses deux parents, pour pouvoir s'inscrire, dans le temps, dans un espace de vie, respectant son intimité et celle de son parent.

Outre les qualités éducatives et affectives intrinsèques du parent, les juges évoquent très régulièrement *l'implication et la disponibilité de ces derniers*. Ces deux notions d'importance égale doivent pourtant être distinguées. *L'implication* c'est « l'attention » portée à la vie personnelle et sociale de l'enfant : devoirs, signature des cahiers scolaires, connaissance des enseignants, connaissance des relations entretenues par l'enfant. Ce critère doit être déterminant en ce qu'il est une des composantes des qualités éducatives du parent à l'égard de son enfant.

---

<sup>40</sup> Exemple incapacité de la mère d'apprécier l'intérêt de l'enfant en ce qu'elle a révélé tardivement la non paternité biologique du père à sa fille de huit ans CA bordeaux 6 juin 2017, *Juris-data* n° 2017-011241

<sup>41</sup> CA Versailles, 23 février 2017, *Juris-data* n°2017-003308 ; CA Versailles, 9 février 2017, *Juris-data* n° 2017-002293

<sup>42</sup> CA Versailles, 2 juin 2016, *Juris-data* n° 2016-011721

<sup>43</sup> CA Bordeaux, 27 septembre 2016, *Juris-data*, n° 2016-019994 : « *Au surplus il n'est pas contesté que M.S. ne dispose pas du permis de conduire, ce qui certes est le droit de chacun et ce qui est possible en particulier dans une agglomération dotée de tous les transports en commun, comme l'appelant est fondé à faire valoir, mais qui peut être source d'inconfort quant aux soins à donner à un jeune enfant* ».

<sup>44</sup> **V. Chercher arrêt que mette en vant la santé de l'enfant**

<sup>45</sup> CA Aix, 17 février 2017, *Juris-data* n° 2017-009113 affirme que « le lieu de vie du père (45m2) est compatible avec un droit de visite et d'hébergement élargi, mais quelque peu exigü pour l'hébergement hebdomadaire d'une jeune adolescente ». Ce critère peut tout de même laisser un peu perplexe lorsque l'on sait que nombreux sont ceux qui notamment en région parisienne ont des logements exigü.

<sup>46</sup> CA aix, 24 mai 2016, *Juris-data* n° 2016-025066, (appartement de Type 3, 2 chambres, possibilité de prononcer une résidence alternée) ; CA Versailles, 9 janvier 2014, *Juris-data* n°2014-000139. Ainsi les juges retiennent que le logement est trop petit pour accueillir 4 enfants, les filles devant dormir dans 1 chambre toute la semaine, les garçons dormant dans la chambre du père.

La **disponibilité** c'est le temps dégagé pour s'occuper de l'enfant en fonction de la profession des parents ou d'autres charges pesant sur le parent (comme une charge importante d'enfants en cas de recomposition familiale)<sup>47</sup>. Le parent doit démontrer qu'il se rend disponible pour son enfant, et qu'il est capable de lui donner la priorité. La nature de la profession peut constituer un élément éclairant pour connaître de leur disponibilité réelle, certaines professions étant un élément objectif de disponibilité<sup>48</sup> ou d'indisponibilité<sup>49</sup>.

Lorsque la profession est relève du salariat, le parent peut être contraint de rapporter la preuve de sa disponibilité justifiant d'aménagements de son temps de travail<sup>50</sup>, (télétravail), réduction du temps de travail (80%) ou réduction des contraintes comme les déplacements (notamment pour les cadres)<sup>51</sup>. L'absence de disponibilité peut être compensée par des modes de garde alternatif<sup>52</sup>, un relais familial<sup>53</sup> ou une implication du beau-parent<sup>54</sup>. En revanche, la place des tiers doit être subsidiaire. La disponibilité du parent ne peut s'entendre de la disponibilité des « beau-parents »<sup>55</sup> ou des « grands-parents »<sup>56</sup>.

Certaines juridictions (notamment Bordeaux) opèrent une **comparaison des disponibilités** des parents pour déterminer ou non la résidence alternée. En effet, **à qualités éducatives égales c'est le critère de disponibilité** qui apparaît comme déterminant. Ainsi, la « plus grande disponibilité de l'un par rapport à l'autre »<sup>57</sup>, sera un argument en faveur d'une résidence

---

47 CA Bordeaux 6<sup>ème</sup> ch., 6 mars 2014, n°13/03070, *Juris-data* n°2014-009763 (résidence alternée refusée, enfant 5 ans, disponibilité du père plus importante, la mère ayant eu 2 autres enfants en moins de 2 ans, plus accueillie 2 autres enfants fils aînés d'une 1ère union, plus 2 enfants de son concubin). En sommes ici la mère a à charge trop d'enfants (4 à elle et 2 à son compagnon sans compter la fillette de 5 ans ; le principe d'unité de la fratrie n'a pas joué en faveur de la résidence alternée.

48 Enseignant : CA bordeaux, 14 mars 2017, *Juris-data* n°2017-005973 ; CA Reims, 6 juin 2014, *Juris-Data* n°2014-014606 ;

Assistante maternelle exerçant à son domicile est un élément objectif de disponibilité : CA Metz 1<sup>er</sup> juillet 2014, *Juris-Data* n°2014-019901.

49 Viticulteur : CA bordeaux, 14 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-005973 ;

Kinésithérapeute : CA Douai, ch. 7, 12 juin 2014, *Juris-data* n°2014-015829 ;

Commerçant : CA Versailles 2<sup>ème</sup> ch., 6 février 2014, n°13/07811 ;

Pilote : CA Douai, 7<sup>ème</sup> ch., 3 juillet 2014, *Juris-data* n°2014-019039. » ;

Sapeur-pompier : CA bordeaux 13 décembre 2016, *Juris-data* n° 2016-02953.

50 CA Bordeaux, 27 septembre 2016, *Juris-data* n°2016-019994 : Malgré « l'aptitude des chacun des parents à assumer ses devoirs n'est contestée par aucun d'eux à l'égard des soins et de l'attention envers l'enfant. Des éléments tirés de la situation sociale et professionnelle des parents sont allégués », le père ne rapporte pas la preuve de ses conditions de télétravail ; « **en attendant cette modification ses horaires de travail sont plus lourds que ceux de la mère** ».

**51 Recherche l'arrêt pour le CADRE**

52 CA Bordeaux, 22 décembre 2016, *Juris-data* n° 2016-029499 : « malgré un métier imposant des horaires de travail parfois difficiles, M.G. a su mettre en place un cadre structurant et équilibrant pour ses enfants en recrutant une nourrice, qui les connaissait en ce qu'elle travaille dans leur école en qualité d'animatrice, et qui les garde au domicile du père jusqu'à son retour du travail. »

53 CA Aix, 6<sup>ème</sup> 9 octobre 2014, *Juris-data* n° 2014-023523 ; CA bordeaux 13 décembre 2016, *Juris-data* n° 2016-02953

54 CA Bordeaux, 9 novembre 2016, *Juris-data* n°2016-024668

55 CA Douai, 7<sup>ème</sup> ch., 3 juillet 2014, *Juris-data* n°2014-019039

56 CA Aix, 6<sup>ème</sup> ch., 22 mai 2014, n°12/19841 *Juris-data* n°2014-01934.

57 CA Bordeaux, 23 mai 2017, *Juris-data* n°2017-010384 : « les parents présentaient tous deux de bonnes qualités éducatives et un attachement réel à leurs enfants lesquels étaient attachés aussi bien à l'un des parents qu'à l'autre, mais compte tenu de leur jeune âge et aussi de la plus grande disponibilité de la mère qui n'avait pas encore retrouvé d'emploi, il était de leur intérêt de ne pas organiser une résidence alternée mais de les laisser tous deux au domicile de leur mère » ; CA bordeaux, 14 mars 2017, *Juris-data* n°2017-005973 (plus grande disponibilité de la mère institutrice et moins du père viticulteur ne rapportant pas la preuve de pouvoir être libéré à 17H).

v. également CA Versailles, 2 juin 2016, *Juris-data* n° 2016-011721

habituelle alors que « l'égle disponibilité des parents dans l'éducation »<sup>58</sup> pourra jouer en faveur d'une résidence alternée.

Cette disponibilité moindre de l'un par rapport à l'autre est critiquable et ne devrait pas être un critère déterminant. La décision devrait être prise au regard de l'aptitude de l'enfant à s'épanouir dans tel ou tel système.

L'aptitude à respecter l'autre est également l'un des critères de décision. Il s'agit d'exiger des parents une aptitude à la coparentalité constructive. Il ne s'agit plus ici de connaître leurs capacités éducatives à l'égard de l'enfant, mais bien de déterminer leurs capacités à respecter les droits de l'autre, malgré des conceptions éducatives et morales divergentes. Ainsi, l'enfant doit pouvoir se construire autant que possible avec une image valorisée de l'autre parent du moins non dévalorisée<sup>59</sup>.

#### 4. Les enquêtes et expertises (4° et 5°)

Par la loi du 4 mars 2002, le législateur a clairement rappelé le bénéfice du recours à un professionnel dans la prise de décision relative à l'enfant. Ainsi, le législateur a confié aux juges des pouvoirs d'instruction afin qu'il puisse être épaulé dans sa mission d'évaluation de la situation. Il dispose pour se faire de la possibilité d'ordonner des mesures d'enquête sociale<sup>60</sup> ou des expertises psychologiques<sup>61</sup> pour mieux déterminer la situation familiale, la qualité des liens, de la parole donnée et des conditions de vie de l'enfant. Si le juge<sup>62</sup> n'est en rien soumis aux résultats des enquêtes et des expertises, l'indépendance du magistrat reste toute relative. En effet, même si celui-ci est libre de sa décision, n'étant pas psychologue et ne pouvant se rendre lui-même dans les familles, il devient quasiment impossible de se défaire de l'avis donné par

---

<sup>58</sup> CA Aix, 24 mai 2016, *Juris-data* n°2016-025066 : « Les parents ont la même disponibilité »

<sup>59</sup> Voi versailles, apport éducatives différents modes éducatifs différents CA Aix, 4 mai 2017, *JurisData* n°2017-008793 (RA oui- enfant 5ans) : « Le père rappelle les difficultés qu'il a rencontrées par le passé pour faire respecter la coparentalité et ses droits de père face à la mère qui tentait par tous moyens de le dissuader et d'empêcher tout lien entre le père et l'enfant. Cet argument n'est pas vraiment contesté par la mère, qui a admis devant l'enquêtrice sociale devoir faire des efforts et prendre davantage en compte le rôle du père. » ; CA Aix, 6ème ch., 17 juillet 2014, n°14/00916, *Juris-data* n°2014-018622 (RA oui – enfant 5 ans). En l'espèce c'est précisément, le non-respect de la mère des droits du père qui ont fait pencher la balance en faveur d'une RA . « La mère a refusé de remettre l'enfant à son père au mépris de la décision de première instance. Elle soutient que l'enfant n'a pas voulu aller vers son père et que c'est le comportement de ce dernier qui est à l'origine du défaut de remise de l'enfant. Or, un enfant âgé de 3 ans et demi ne peut être à l'origine d'un tel blocage. La mère porte l'entière responsabilité du défaut de représentation de l'enfant à son père et de la situation conflictuelle qui en découle nécessairement. »

<sup>60</sup> Articles 373-2-11, 5° et 373-2-12 du Code civil. Anais Gabriel et Claire strugala, « La résidence alternée », *Gaz. Pal.*, 2 septembre, 2005 - n°246 - page 4 : « L'enquête sociale a pour objectif de recueillir le plus de renseignements possibles sur la situation matérielle et morale de la famille. Cette mission exige, de la part des enquêteurs, de se rendre aux domiciles de chaque partie, d'auditionner chacun des membres de la famille (même les grands-parents si cela se révèle nécessaire), de rencontrer éventuellement les professeurs des enfants, d'avoir accès aux comptes en banque... En un mot, de se faire une idée globale du contexte dans lequel évolue l'enfant. En fonction des constats qu'il établit, l'enquêteur conclut au mieux de l'intérêt de l'enfant ».

<sup>61</sup> Article 373-2-11, 4° du code civil. Anais Gabriel et Claire strugala, « La résidence alternée », *Gaz. Pal.*, 2 septembre, 2005 - n°246 - page 4 : « La fonction du psychologue est quant à elle beaucoup plus réduite. Seul l'état psychique des parents et de l'enfant a vocation à être analysé. Il convient de préciser qu'aucun objectif thérapeutique n'est ici recherché, le but étant exclusivement de déterminer si l'enfant et les parents sont aptes psychiquement à se conformer à certaines exigences. La fonction de l'expert psychologue consiste à faire la distinction entre ce que l'enfant désire véritablement, et ce qui lui a été soufflé par l'un ou l'autre des parents. C'est une tâche délicate que seul un professionnel est en mesure de réaliser ».

<sup>62</sup> La nouvelle rédaction de l'article 373-2-12 du code civil se trouve d'ailleurs plus claire que le texte abrogé de l'article 287-2, puisqu'il n'est plus dit expressément que l'enquête sociale doit renseigner sur les mesures qu'il y a lieu de prendre dans l'intérêt des enfants.

les professionnels<sup>63</sup>. L'étude montre que lorsque les experts ou les enquêteurs émettent un avis sur la modalité de résidence à adopter, les magistrats vont dans le sens préconisé par ceux-ci (3 sur aix, 5 sur bordeaux, 2 sur versailles, 1 sur lyon). En revanche, la Cour d'appel de Bordeaux a très clairement écarté, l'avis d'un médecin au motif que le certificat médical établissait un avis personnel et général sur la résidence alternée sans apporter un avis sur la situation en particulier<sup>64</sup>.

## 5. La fratrie

Le principe de non séparation des fratries, prévu à l'article 371-5 du code civil, pose le principe selon lequel les fratries ne doivent être en principe séparées. Toutefois, là encore l'intérêt de l'enfant justifie de déroger à la règle. Ainsi, une modalité de résidence peut-être différente d'un enfant à l'autre lorsque cela correspond à leur intérêt personnel et que leur séparation ne porte pas atteinte à leur intérêt<sup>65</sup>. Si la règle s'applique tant pour les frères et sœurs consanguins que pour les demi-fratries, le maintien des repères avec l'autre parent justifie le non-respect du principe.

Outre ces différents critères légaux, un certain nombre de critères jurisprudentiels, permettant la mise en place d'une **résidence alternée**, émergent très nettement de l'étude de jurisprudence.

### B. Les critères jurisprudentiels

Les critères jurisprudentiels émergents concernent tant les parents (1) que la personne de l'enfant (2)

#### 1. Concernant les parents

Concernant les parents, deux critères déterminants reviennent de manière récurrente :

- **la proximité géographique des domiciles ou du lieu de scolarisation de l'enfant**
- **le conflit parental, mécontente**

**Proximité géographique.** La proximité géographique peut être entendue comme la distance séparant les domiciles des parents ou encore la distance séparant les domiciles respectifs des parents et de l'école de l'enfant. Plus que la distance en kilomètre c'est le temps de distance séparant les domiciles ou le domicile de l'école qui est pris en compte par les magistrats et le nombre de fois que l'enfant devra réaliser ce trajet. S'il est indéniable que la distance peut constituer un obstacle irrémédiable dès lors l'enfant ne peut être scolarisé dans deux

---

<sup>63</sup> Anais Gabriel et Claire Strugala, « La résidence alternée », *Gaz. Pal.* 2 septembre, 2005, n°246, p.4.

<sup>64</sup> CA Bordeaux 18 octobre 2016, *Juris-data* n°2016-029515 : « La mère ne rapporte pas la preuve, par le seul certificat médical, particulièrement laconique, produit que l'enfant serait perturbé par la résidence alternée. Si le médecin ajoute que le conflit de loyauté est "très entretenu par une garde alternée complexe pour un jeune enfant", la cour retient que celui-ci « exprime un avis personnel et général sur la résidence alternée et non spécifique au cas de l'enfant ». Il en est de même de la littérature théorique sur la résidence alternée et sa prétendue plus grande complexité à mettre en place pour de jeunes enfants. Or, selon la cour, elle est saisie de la question de la résidence alternée du garçonnet et doit donc tenir compte des éléments particuliers de la situation ».

<sup>65</sup> CA Versailles, 2 juin 2016, *Juris-data* n° 2016-011719 : « la séparation de la fratrie induite par ce mode différent de résidence, n'est pas contraire à l'intérêt des mineures au regard de leur différence d'âge, Jade ayant d'ailleurs précisé que si elle s'entendait bien avec Manon, elle avait cependant des centres d'intérêt différents de ceux de sa jeune sœur »

établissement différents (200km<sup>66</sup> ou 103 km de l'école âge 3 ans et 1h30 de route<sup>67</sup>), il ne semble pas se dessiner une grille commune de durée ou de kilomètres acceptables ou non pour l'enfant. L'appréciation varie ainsi d'une juridiction à l'autre<sup>68</sup>. Le contexte de l'éloignement est pris en compte par ailleurs pour fixer le mode de résidence. Ainsi, lorsque le parent déménageant a fait le choix d'un déménagement, pour des raisons personnelles (rapprochement avec son concubin, ou ses parents, ou pour convenances personnelles), la résidence habituelle est souvent attribuée à l'autre parent<sup>69</sup>, afin de préserver la stabilité de l'enfant<sup>70</sup>.

**Conflit parental, mésentente.** La mésentente des parents est-elle un obstacle à la résidence alternée ? Les juges du fond ne semblent pas adopter la même position sur cette question. Ainsi, quatre positions juridictionnelles semblent se dessiner :

1<sup>ère</sup> position. Pour *certaines*, ***l'entente est d'une obligation positive impérative pour prononcer la résidence alternée.*** Certains juges affirment que les relations apaisées et la capacité à dialoguer sont des exigences ***impératives*** pour prononcées une résidence alternée (Bordeaux)<sup>71</sup>.

2<sup>ème</sup> position. Pour d'autres, ***la mésentente entre parent semble constituer un obstacle majeur*** à la résidence alternée. Selon certains magistrats, il n'est pas de l'intérêt de l'enfant de se construire dans deux milieux hostiles en permanence, les difficultés pratiques et organisationnelles étant alors exacerbées (Bordeaux et Aix notamment)<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> CA Lyon, 31 janvier 2017, *Juris-data* n° 2017-001572

<sup>67</sup> CA Lyon, 11 avril 2017, *Juris-data* n° 2017-007059.

<sup>68</sup> *Exemple de distances favorables à la Résidence alternée*

30 km entre les domiciles : CA Aix 13 septembre 2016, *Juris-data* n° 2016-019376 (RA oui, 5 ans) a pu admettre que si les domiciles respectifs des parents sont situés à moins de 30 kilomètres de distance, un trajet compris entre une demi-heure et une heure apparaît raisonnable pour un enfant de cinq ans, dans la mesure où il ne sera pas réalisé quotidiennement mais une fois par semaine.

33 km entre domicile et l'école CA Aix 22 septembre 2016 (RA oui, 8 ans) *Juris-data* n°2016-019836 : la distance séparant le domicile du père et celui de l'école de 33KM n'est pas un obstacle à la résidence alternée pour un enfant de 8 ans.

14km et 15 minutes de trajet (CA Lyon, 4 octobre 2016, *Juris-data* n° 2016-020549)

*Exemple de distances défavorables à la Résidence alternée*

38Km et 48 minutes de trajets entre le domicile et l'école CA Bordeaux, 10 janvier 2017, *Juris-data* n° 2017-006532 (refus RA) : le père « *qui se trouve à 38 km de l'école d'Alizée et oblige à un trajet de 48 mn' selon l'indication non contestée de l'intimé, ce qui n'apparaît favoriser ni un accueil apaisé ni une scolarité sereine* »

16,8km et 26 minutes de trajet entre domicile et l'école CA Versailles, 09 mars 2017, *Juris-data* n°2017-012242 (RA non âge 7 ans) : « *le trajet, de 16,8 kilomètres en voiture, est de 26 minutes à 8 heures le matin. Ce délai, alors même que la mère de l'enfant est domiciliée à Rocquencourt, à proximité de l'école, ce que ne discute pas Monsieur G., ne permet pas d'assurer dans de bonnes conditions une résidence alternée pour Anaïs dont l'intérêt, alors qu'elle est encore très jeune, est de se trouver à proximité de son école et du lieu de ses activités et d'éviter des temps de transport en voiture à des heures où la circulation est difficile* ».

<sup>69</sup>CA Lyon, 11 avril 2017, *Juris-data* n° 2017-007059 ; CA Lyon 16 août 2016, *Juris-data* n° 2016-018022 ; CA Versailles, 23 juin 2016, *Juris-data* n° 2016-012607

<sup>70</sup> CA Versailles, 23 juin 2016, *Juris-data* n° 2016-012607 : par exemple les juges retiennent qu'il « *est de l'intérêt de l'enfant que soit préservée la stabilité de son mode de vie, de ses habitudes et de ses références quotidiennes et qu'il évolue dans une ambiance sécurisante* »

<sup>71</sup> CA Bordeaux, 13 décembre 2016, *Juris-data* n°2016-029501, (âge des enfants 6 et 4) : « *Une résidence alternée impose en effet que les parents puissent entretenir des relations apaisées et constructives et soient dans la capacité de dialoguer de manière continue dans l'intérêt de leurs enfants* ».

<sup>72</sup> P. Julien, « Résidence alternée », *AJF*, mai 2018, p. 268. CA Bordeaux, 11 janvier 2010, n°09/00802 ; CA bordeaux, 22 septembre 2010, n°09/09663 ; CA Aix, 9 décembre 2009, 2009, n°08/17159 ; CA Aix, 6<sup>ème</sup> ch., 17 avril 2014, n°12/16633, *Juris-data* n°2014-009450 : « *Par ailleurs, bien que les capacités parentales des deux parents soient indéniables et que la proximité des domiciles parentaux soit compatible avec l'organisation d'une résidence alternée, une telle organisation présupposerait une entente et une concertation sur les questions intéressant l'enfant, son éducation et son entretien. Or, l'absence de communication parentale sereine et le manque de confiance mutuelle font pour l'instant obstacle à un tel rapprochement* » ; CA Chambéry, 1<sup>re</sup> juillet 2014, n°13/01856, *Juris-Data*, n°2014-015576 : « *Le père doit être débouté de sa demande de résidence alternée, car le*

3<sup>ème</sup> position. D'autres juridictions, en revanche certaines juridictions, estiment que le **conflit n'évince pas à lui seul la résidence alternée (Versailles et Lyon)**. Le conflit parental ne peut être à lui seul un motif d'éviction de la résidence alternée <sup>73</sup>, seul un manque total de dialogue justifie l'éviction de ce mode de résidence <sup>74</sup>. En effet, l'enfant sera de toute façon confronté au conflit avec un autre mode de résidence et que l'incapacité des parents à occulter leurs difficultés relationnelles ne doit pas être un frein à la résidence alternée. A défaut, cela reviendrait à encourager les postures conflictuelles pour éviter une résidence alternée.

4<sup>ème</sup> position. Le conflit n'évince pas la résidence, mieux la résidence sera de nature à y remédier. Certaines juridictions (Versailles en particulier) voient dans la résidence alternée le moyen « **de nature à réduire les conflits liés** à l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement et aux modifications qu'un tel système engendre »<sup>75</sup>. La résidence devient alors le moyen de réparer les conflits parentaux.

L'éviction de la résidence alternée sur le motif du conflit ne convainc pas toujours. En effet, le conflit n'est pas nécessairement moindre lorsque l'enfant réside à titre habituel chez l'un des parents, il peut même être plus aigu car le parent résident pense souvent trouver dans le conflit un argument pour maintenir ses droits de résidence. En outre, un tel argument conduit à alimenter le conflit pour éviter justement la mise en place d'une telle modalité. En réalité, il faudrait distinguer selon le degré (seule l'absence totale de dialogue pourrait être un frein à la résidence alternée) et les motifs du conflit. Ne faudrait-il pas déterminer si la mésentente est marquée par un esprit personnel (vengeance, contrôle sur l'enfant, volonté de laisser une empreinte plus marquée), ou si le conflit repose sur des craintes d'un parent à l'égard de l'autre sur ses pratiques éducatives, le non-respect de ses droits ; les violences physiques ou morales. Dans le premier cas, l'intérêt de l'enfant n'est pas au cœur du débat et la mésentente ne doit pas être un élément d'éviction de la résidence alternée, dans le second, le conflit n'est autre que la révélation d'autres critères déterminants justifiant l'éviction de la résidence alternée.

## 2. Concernant l'enfant

Concernant l'enfant, les critères jurisprudentiels déterminants sont le maintien de ses repères et de sa stabilité ainsi que son âge.

### Les repères et la stabilité de l'enfant.

---

**conflit parental reste exacerbé et la communication minimum qui serait nécessaire dans le cadre d'une alternance n'existe pas »**

<sup>73</sup> CA Versailles, 2 juin 2016, *Juris-data* n° 2016-011719 : « *toutefois, que par principe, les tensions parentales ne sont pas de nature à faire obstacle à la résidence alternée* » ;

CA Lyon 28 octobre 2016, *Juris-data* n° 2016-022694 « *qu'il appartient à chaque parent de travailler à l'apaisement des tensions qui ont précédé et suivi la séparation du couple, et ce afin d'atténuer la souffrance des enfants, (...) que si la garde alternée suppose une entente entre parents, il n'en demeure pas moins que de refuser ce mode de garde au seul motif de l'existence d'un conflit conjugal peut avoir également pour effet d'inciter le parent réfractaire à alimenter ce conflit afin de faire échec à la mise en place d'une résidence alternée, que dès lors que les conditions matérielles et affectives sont réunies* »

CA Paris, Pole 3, 13 mars 2014, n°12/17590, *Juris-data* n°2014-004676, (RA oui, malgré le conflit parental, 10 ans : « *il convient de fixer une résidence en alternance. En effet, la mésentente alléguée entre les parents ne peut faire échec à une résidence alternée, car il appartient aux parents d'agir en êtres responsables et, dans l'intérêt de l'enfant, de faire l'effort de rapprocher leur point de vue le concernant* ».

<sup>74</sup> CA Versailles, 10 novembre 2016, *Juris-data* n°2016-026509 : « *relations entre Philippe C. et Laurence F. manquent de part et d'autre de souplesse, il n'est pas établi qu'il y ait un manque total de communication comme le démontrent les mails et sms échangés entre eux* » ; CA Versailles 23 mars 2017, *Juris-data* n°2017-005461.

<sup>75</sup> CA Versailles, 26 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-009234.



Le maintien des repères de l'enfant et de sa stabilité est un critère fondamental dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. Selon les juges, il est très important, sinon essentiel pour l'enfant de lui préserver la permanence de ses repères et de son environnement familial<sup>76</sup>.

La jurisprudence s'accorde à considérer qu'il est inutile de bouleverser sans raison les repères d'un enfant tels que son lieu de scolarisation, ses amis, ses milieux familiaux implicitement dernière résidence.

Ce critère est alors intimement lié à la dernière résidence de l'enfant et à la situation antérieure établie soit par les parents soit imposée par la décision du JAF. En première instance, le juge intervient généralement alors que la séparation des parents est consommée et l'enfant déjà établi dans un mode de résidence. Le changement post séparation étant déjà un premier bouleversement, toute remise en cause sera alors, de fait, envisagée comme un nouveau bouleversement pour l'enfant. Les juges d'appel, intervenant dans un second temps judiciaire, seront d'autant plus frileux à modifier les modalités de résidence que l'enfant aura soit déjà connu plusieurs changements (pratiques antérieures remises en cause par les juges du fond) soit qu'il s'est installé dans un lieu et un rythme issu de la pratique et confirmée par les juges du fond.

L'étude permet de révéler une corrélation entre le raisonnement de la charge de la preuve de l'intérêt de l'enfant et les situations antérieures issues des ordonnances.

Si la modalité de résidence antérieure est une *résidence habituelle*, les juges exigent généralement d'apporter des éléments de preuve permettant de **démontrer l'intérêt** pour l'enfant de passer à une résidence alternée<sup>77</sup> ou de démontrer que le système actuel de résidence habituelle lui est néfaste<sup>78</sup>.

Si en revanche, *la résidence alternée a été instituée* par la volonté des parents ou par une ordonnance du JAF, **l'intérêt de l'enfant est alors présumé** d'être maintenu dans la situation, il revient alors au parent de démontrer que ce mode est contraire à son intérêt qu'il lui est préjudiciable<sup>79</sup>. L'intérêt de l'enfant est présumé être celui dans la situation dans lequel il est installé. Toutefois, un tel raisonnement peut parfois être critiqué. En effet, lorsque l'hébergement de l'enfant résulte d'une pratique suivie par les parents, elle n'est parfois pas

---

<sup>76</sup> CA Aix, 6 septembre 2016, *Juris-data* n° 2016-019373 : « Il est de leur intérêt de ne pas être séparés et de pouvoir continuer à vivre au quotidien avec les mêmes repères en alternance auprès de chacun des parents ».

CA Versailles, 2 mars 2017, *Juris-data* n°2017-004240 (plusieurs changements, résidence chez le père, puis résidence attribuée à la mère par le JAF) : la cour d'appel retient qu'il est « nécessaire sinon essentiel pour les enfants et notamment Sam de préserver leur stabilité, la permanence de leurs repères et de leur environnement familial ; qu'Estelle C. assure une prise en charge satisfaisante de leurs besoins et ne méconnaît pas les droits du père ; Qu'il n'est pas démontré qu'un changement de résidence serait conforme à l'intérêt de Sam et Alix de telle sorte que la demande ».

<sup>77</sup> CA Versailles, 2 juin 2016, *Juris-data* n° 2016-011719 : « en effet, Manon, âgée de 10 ans, vit de manière stable avec sa mère depuis la séparation de ses parents ; que Lionel S. ne démontre pas qu'il serait, en l'état, de l'intérêt de cette jeune enfant de modifier son lieu et ses habitudes de vie »

<sup>78</sup> CA Versailles, 9 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-012242 « (...) Monsieur G. ne démontrant en outre ni que Madame K. s'oppose à l'exercice de ses droits ni que celle-ci serait défaillante dans la prise en charge de l'enfant, il convient - dans l'intérêt exclusif d'Anaïs - de confirmer le jugement qui a maintenu sa résidence au domicile de sa mère »

<sup>79</sup> CA Lyon, 4 octobre 2016, *Juris-data* n° 2016-020549 « La mère ne démontre pas que la résidence alternée soit contraire à l'intérêt de l'enfant ».

CA Versailles, 26 mai 2016, *Juris-data* n° 2016-010414 n°20 : « Considérant qu'il doit être rappelé que le droit de l'enfant d'entretenir des liens avec ses deux parents est protégé par l'article 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ratifiée par la France ; (...) qu'il n'est pas davantage démontré que ce mode de résidence, en vigueur depuis septembre 2015a été contraire à l'intérêt des enfants, qu'une résidence alternée une semaine sur deux, est de nature à permettre à Axel et Jules de construire des repères différenciés mais stables et de bénéficier de l'apport de leurs deux parents »

toujours l'objet d'un réel consensus. Pour autant, les pratiques ne sont pas toujours consenties (culpabilité, peur) et créent ainsi des précédents dont il devient difficile de rapporter la preuve qu'il est contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>80</sup>. Or, les décisions montrent qu'il est difficile de revenir en arrière sur ce qui semble avoir été fait d'un commun accord sauf à démontrer que ce système est source de difficultés et de souffrance pour l'enfant, ce qui n'est pas toujours facile à établir.

Plus complexe est encore la présomption d'intérêt lorsque la situation a été générée par une ordonnance. Les décisions du JAF étant exécutoire de plein droit, la situation ordonnée par le juge va s'inscrire dans le temps et crée une situation antérieure à la décision d'appel. Dans ce cas là, l'intérêt de l'enfant est présumé correspondre à la situation antérieure qui représente, le critère de stabilité pour l'enfant. Un tel constat interroge sur l'effectivité du droit au double degré de juridiction, en matière de résidence alternée. En posant une présomption d'intérêt de l'enfant sur la modalité ordonnée antérieurement, la jurisprudence exige en réalité un fait nouveau pour modifier la décision des juges de première instance<sup>81</sup>. Or, tel n'est pas la fonction de l'appel. Selon l'article 542 du CPC, « L'appel tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel ». Selon l'expression consacrée les juges se trouvent réinvesti de plein de droit du litige. L'appel remet la chose jugée en cause devant la juridiction pour qu'il soit de nouveau statuer en fait et en droit. S'il est vrai que la cour d'appel apprécie la situation des parents et des enfants au jour où elle statue et non par rapport aux années antérieures<sup>82</sup>, la question du choix de la modalité de la résidence alternée devrait toutefois se poser dans les mêmes termes juridiques devant le juge d'appel que devant le JAF, sans qu'un fait nouveau soit indirectement exigé pour remettre en cause la décision de première instance. Si fait nouveau il y a, l'appel n'est pas nécessaire puisqu'il est possible de ressaisir le JAF pour statuer de nouveau sur le mode de résidence de l'enfant. L'étude met ainsi en exergue la place extrêmement forte des pratiques et décisions judiciaires antérieures dans l'appréhension de la notion d'intérêt de l'enfant et interroge sur l'effectivité de l'appel en la matière. Les ordonnances du JAF étant exécutoires de droit, leurs décisions deviennent alors légion.

La modalité d'hébergement qu'est la résidence alternée interroge, également, en elle-même, la question des repères et de la stabilité dont l'enfant a besoin. En principe, il convient **d'apprécier *in concreto*, les modes de résidence**, en fonction du moment du changement, de la nature et de l'ampleur du changement ainsi que de la capacité de l'enfant à « gérer » le changement. A ce titre, les juges s'appuient sur des indicateurs tels que notamment des manifestations somatiques (l'anxiété, sommeil, nervosité, hyper activité, fatigue) et les résultats scolaires de l'enfant pour mesurer le caractère déstabilisant ou non de la résidence alternée sur l'enfant<sup>83</sup>. Malgré le fait que l'appréciation devrait se faire *in concreto*, il n'en demeure pas moins que certaines juridictions **envisagent *ab initio*** la résidence alternée comme une modalité

---

<sup>80</sup> Elodie Mulon, « Résidence alternée », *Gaz. Pal.*, n°77, 17 mars 2012, p. 7.

<sup>81</sup> CA Aix, 16 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-018850 « *En l'état, aucun élément nouveau n'est intervenu depuis l'ordonnance dont appel rendu le 17 décembre 2015, qui justifierait la remise en cause de cet équilibre, manifestement conforme à l'intérêt des enfants, qui vont régulièrement chez leur père et conservent avec celui-ci des liens affectifs étroits dans le cadre des larges droits de visite et d'hébergement, tout en vivant auprès de leur mère très impliquée dans leur éducation et leur scolarité* »

<sup>82</sup> CA Versailles, 23 février 2017, *Juris-data* n°2017-003308

<sup>83</sup> CA Aix, 13 septembre 2016, *Juris-data* n°2016-019376 : « *Il est cependant établi que, depuis la mise en place de la résidence alternée, l'état général de l'enfant s'est amélioré (diminution de l'anxiété, progrès scolaires)* »

soit perturbatrice (Bordeaux tout particulièrement)<sup>84</sup> des repères de l'enfant soit constructrice de repères stables (Versailles tout particulièrement)<sup>85</sup>.

### **L'âge de l'enfant.**

Si le législateur n'a pas prévu pour la fixation d'une résidence alternée de dispositions dérogatoires pour les enfants en bas âge, les théories de l'attachement interrogent la pertinence de la résidence alternée pour les très jeunes enfants<sup>86</sup>, certains affirmant avec force que toute idée de résidence alternée doit être écartée avant l'âge de 6 ans.

« Valérie Pécresse, rapporteur de la mission susvisée, déposait le 9 février 2005<sup>87</sup> une proposition de loi tendant à ce qu'un âge plancher soit fixé, en-dessous duquel la résidence alternée ne pourrait pas être mise en place. De nombreux professionnels de l'enfance ont ainsi été entendus, dont les partisans les plus vifs d'une telle limite d'âge (tel le célèbre professeur Maurice Berger). Cette proposition a finalement été rejetée »<sup>88</sup>. En effet, il a été relevé que « les jeunes enfants, assurés de la présence continue de leur père, bénéficient d'un meilleur développement »<sup>89</sup>. La solution retenue fut de laisser au juge le soin de déterminer au cas par cas si la résidence alternée est conforme à l'intérêt de l'enfant. Il ne peut dès lors se contenter d'une opinion ou d'une position de principe sur la question, ni se fonder sur des considérations d'ordre général. Cet examen au cas par cas doit être particulièrement circonstancié lorsque l'enfant est très jeune et qu'il n'est pas en âge d'exprimer ses difficultés le cas échéant.

L'analyse de la jurisprudence sur ce sujet démontre toutefois des postures divergentes selon les cours.

Certaines juridictions continuent à s'appuyer sur le critère l'âge pour écarter la résidence alternée adoptant des postures générales désapprouvant le mode de résidence alternée pour des jeunes enfants (Bordeaux en particulier)<sup>90</sup>. Sans évoquer l'âge précisément, les juges évoquent

---

<sup>84</sup> CA Bordeaux, 13 décembre 2016, *Juris-data* n° 2016-029501 : « Il s'agit donc de très jeunes enfants (6 et 4 ans) qui nécessitent un rythme de vie leur permettant de se repérer dans l'espace et dans le temps. Tel n'est pas le cas de la résidence alternée voulue par l'appelant, qui contraindra les enfants à changer de lieu de vie toutes les semaines. »

CA Bordeaux, 9 novembre 2016, *Juris-data* n° 2016-024668 : « ce rythme en alternance n'est pas propice à une vie équilibrée ».

<sup>85</sup> CA Versailles, 25 mai 2016, *Juris-data* n° 2016-010340 : « que la résidence alternée (...) présente en revanche l'avantage d'assurer plus de régularité aux enfants âgés de 10 et 7 ans, en leur assurant une stabilité et des repères dans le temps ce qui ne peut que leur être bénéfique à leur âge qui est encore celui des apprentissages ».

CA Versailles, 10 nov. 2016, *Juris-data* n° 2016-026509 : « il n'apparaît pas contraire à leur intérêt de mettre en place une résidence alternée laquelle leur permettra de partager leur temps entre leurs deux parents de manière plus équilibrée avec des périodes plus stables que celles qui leur sont imposées actuellement avec les changements de domiciles liés au droit de visite et d'hébergement élargi »

<sup>86</sup> Maurice Berger, Albert Ciccone, Nicole Guédeney et Hanna Rottman, « La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans: une situation à hauts risques psychiques », *Devenir*, 2004/3 (Vol. 16), p. 213-228. DOI : 10.3917/dev.043.0213. URL : <https://www.cairn.info/revue-devenir-2004-3.htm-page-213.htm> ; Blaise Pierrehumbert, « Résidence alternée et théorie de l'attachement », Conférence internationale sur la résidence alternée, 22 et 23 novembre 2018 Strasbourg. Le professeur développe les trois théories de l'attachement, l'attachement hiérarchisé, l'attachement complémentaire et indépendant.

<sup>87</sup> Prop. de loi no 2071 relative aux droits de l'enfant et à la protection de l'enfance.

<sup>88</sup> Elodie Mulon, « Résidence alternée », *Gaz. Pal.*, n°77, 17 mars 2012, p. 7.

<sup>89</sup> Rapport « L'enfant d'abord », no 2832, févr. 2006, p. 221, tome I.

<sup>90</sup> CA bordeaux, 14 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-005973 (âge de l'enfant 3 ans) : « au rythme spécifique de la résidence alternée nécessitant des qualités d'adaptation régulières dont un jeune enfant est moins pourvu »

CA Bordeaux, 9 novembre 2016, *Juris-data* n° 2016-024668 (âge 5 et 10 ans) : « le rythme en alternance est inapproprié aux deux jeunes garçons au regard de leur âge et de leurs difficultés d'apprentissage ou de comportement puisque ce rythme en alternance n'est pas propice à une vie équilibrée » (autres motifs santé de l'enfant, la plus grande disponibilité de l'un des parents, préservation de la stabilité de l'enfant) ;

alors le « **besoin de maternage** » de l'enfant pour écarter la résidence alternée (Bordeaux en particulier)<sup>91</sup>.

Pour autant cette position jurisprudentielle n'est pas générale, puisque l'on constate également que le jeune âge ne constitue pas nécessairement un obstacle à l'instauration d'une résidence alternée et que les juges d'appel rappellent tant aux juges du fond qu'aux parents que la résidence alternée n'est pas subordonnée au critère de l'âge, critère qui ne peut constituer une fin de non-recevoir à la demande de résidence alternée<sup>92</sup>.

Le critère de l'âge est encore intimement lié à la question du genre et de l'idée selon laquelle l'enfant a besoin de sa mère dans les premiers de sa vie. Qu'en sera-t-il demain pour les couples homosexuels ? Que faire du « besoin de maternage » dans les couples d'hommes ? E quel maternage faudra-t-il privilégier dans les couples de femmes ?

## Conclusion

L'étude confirme que la résidence alternée doit répondre à l'intérêt de l'enfant, et non à ceux des parents et que cet intérêt peut se définir par de nombreux critères, légaux et jurisprudentiels. Au-delà de ces deux constats, l'appréciation des éléments ne semble pas uniformément appréhendée par les juges du fond. Une interprétation plus ou moins stricte des critères permettant l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, tels que l'âge de l'enfant, la mésentente des parents, la proximité des domiciles, la plus grande disponibilité des parents, donne lieu ainsi à des divergences de jurisprudence marquant soit une résistance plus forte à l'égard de la résidence alternée soit une faveur plus marquée à ce mode de résidence. En revanche, il ressort nettement que la situation antérieure résultant soit de la pratique des parents soit d'une décision du JAF est comme la situation dans laquelle l'enfant a ses repères. Elle est alors présumée être celle répondant à son intérêt, au nom de la stabilité. Une telle appréciation donne ainsi un poids extrêmement fort aux décisions de première instance. Dès lors, les décisions rendues en première instance font en quelque sorte jurisprudence sur la situation de l'enfant et son avenir à moins d'établir un fait nouveau justifiant une remise en cause de sa stabilité.

La résidence alternée n'a pas fini de faire parler d'elle, mais la question qui se pose est la suivante faut-il ajouter à la loi actuelle ?

Si la résidence alternée n'est ni la solution miracle ni une mauvaise solution, elle est en revanche *a priori* la plus à même de permettre à l'enfant de se construire sur deux « piliers » que doivent représenter les parents. En outre, la discussion repose actuellement, implicitement ou

---

CA Bordeaux, 13 décembre 2016, *Juris-data* n°2016-029501, (âge des enfants 6 et 4), « *Il s'agit donc de très jeunes enfants qui nécessitent un rythme de vie leur permettant de se repérer dans l'espace et dans le temps. Tel n'est pas le cas de la résidence alternée voulue par l'appelant, qui contraindra les enfants à changer de lieu de vie toutes les semaines* ».

<sup>91</sup> CA bordeaux, 4 avril 2017, *Juris-data* n° 2017-006532 (âge de l'enfant 5 ans) : « *la cour n'entend pas fonder sa décision sur l'éventuel manque de disponibilité du père ou l'absence d'entente invoqué inutilement par la mère. En revanche et à l'instar du premier juge, la cour relève que l'enfant a besoin de maternage. M Eric D. ne vient pas démontrer que la résidence alternée qu'il revendique est davantage conforme à l'intérêt de sa fille. Il convient donc de maintenir la résidence habituelle de l'enfant chez sa mère. Le jugement entrepris sera confirmé de ce chef* ». V. également CA bordeaux, 13 décembre 2016, *Juris-data* n° 2016-02953, (âge des enfants 7, 6 et 4).

<sup>92</sup> CA Aix, 13 septembre 2016, *Juris-data* n° 2016-019376 (âge 5 ans) : « *Ce jeune âge ne constitue pas, en soi, un obstacle à l'instauration d'une résidence alternée* » ; CA Aix, 4 mai 2017, *Juris-data* n°2017-008793, (RA oui pour un enfant de 5 ans). D'autres exemples d'autres juridictions : Caen 25 janvier 2007, *Juris-data* n° 2007-328386 (17 mois) ; CA Aix, 6<sup>ème</sup> ch., 17 juillet 2014, n°14/00916, *Juris-data* n°2014-018622,(enfant 3 ans), CA Montpellier, 24 juin 2014, n°13/03130, *Juris-data* n°2014-018827 (enfant 4 ans et demi) ; CA Versailles, 2<sup>ème</sup> ch., 27 mars 2014, n°13/04326, *Juris-data* n°2014-006135, (enfant 3 et 6 ans) ; CA Riom, 22 avril 2014, n°13/03333, *Juris-data* n°2014-010309, (enfant 4 ans).

explicitement, sur le genre et l'apport pour l'enfant de sa relation à la mère et au père mais qu'en sera-t-il demain pour les couples homosexuels ? Peut-être le débat sera-t-il dégagé des questions de genre pour se porter exclusivement sur les besoins ?