

Conventions de rupture et parenté

Maryline Bruggeman



Volume 49, Number 4, décembre 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/037459ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/037459ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bruggeman, M. (2008). Conventions de rupture et parenté. *Les Cahiers de droit*, 49(4), 589–605. <https://doi.org/10.7202/037459ar>

Article abstract

Far from being excluded as one may be led to believe by the imperative character of the legal provisions regarding parental authority, contracting is frequently used in the settlement of parental disputes. As such, resolving the issues concerning the children of a failed union may be handled by means of a binding agreement ; in fact, the law favours this means of conflict resolution. In this way, the legislator seeks to promote contractual values in the context of family disputes : equality amongst the parties and the consensual resolution of conflicts.

Yet, recourse to contractual undertakings has not always resulted in significant improvements. Much to the contrary, the equality of mother and father, enshrined by law, has great difficulty expressing itself in practical situations where agreements may in fact reinforce inequalities. Moreover, far from appeasing parental conflicts, they often perpetuate such conflicts, which sometimes become radicalized as a result. While differences may not be obvious at the time of conciliating a separation, in time the quirks of daily living and needs of children's education spring to the fore and demand reopening the initial agreement.

Conventions de rupture et parenté

Maryline BRUGGEMAN*

Loin d'être exclu comme pourrait le laisser croire le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale, le mécanisme contractuel est fréquemment utilisé pour le règlement des conflits parentaux. Ainsi, l'aménagement des conséquences de la rupture au regard des enfants peut aujourd'hui s'opérer au moyen d'une convention ; ce mode de règlement des conflits est par ailleurs privilégié par la loi. Le législateur espère ainsi faire bénéficier le contentieux familial de deux des vertus principales dont se pare le contrat, soit l'égalité des parties et l'apaisement des conflits.

Pourtant, le recours à ces mécanismes contractuels n'a toujours pas apporté d'amélioration sensible au contentieux familial. Bien au contraire ! L'égalité entre le père et la mère consacrée sur un plan législatif peine à se concrétiser en pratique, le recours aux conventions pouvant à l'inverse la desservir. En outre, les conflits entre les parents, loin de s'apaiser, perdurent, voire se radicalisent : s'ils ne se manifestent pas au moment de l'aménagement de la rupture, ils ressurgissent ultérieurement lorsqu'un aléa de la vie ou les nécessités de l'éducation de l'enfant impliquent de remettre en cause l'accord initial...

Far from being excluded as one may be led to believe by the imperative character of the legal provisions regarding parental authority, contracting is frequently used in the settlement of parental disputes. As such, resolving the issues concerning the children of a failed union may be handled by means of a binding agreement ; in fact, the law favours this means of conflict resolution. In this way, the legislator seeks to promote contractual values in the context of family disputes : equality amongst the parties and the consensual resolution of conflicts.

* Maître de conférences et membre de l'équipe d'accueil 1920, Faculté de droit, Université de Toulouse.

Yet, recourse to contractual undertakings has not always resulted in significant improvements. Much to the contrary, the equality of mother and father, enshrined by law, has great difficulty expressing itself in practical situations where agreements may in fact reinforce inequalities. Moreover, far from appeasing parental conflicts, they often perpetuate such conflicts, which sometimes become radicalized as a result. While differences may not be obvious at the time of conciliating a separation, in time the quirks of daily living and needs of children's education spring to the fore and demand reopening the initial agreement.

	<i>Pages</i>
1 Les vertus espérées du contrat	592
1.1 Le contrat, instrument de promotion de l'égalité au sein de la famille.....	593
1.1.1 Le droit antérieur.....	593
1.1.2 Un droit jugé discriminatoire	594
1.1.3 Un égalitarisme poussé à l'extrême.....	595
1.2 Le contrat, instrument d'apaisement des conflits	596
1.2.1 Un droit antérieur générateur de contentieux.....	596
1.2.2 Une volonté d'apaisement affichée	597
2 Les illusions perdues	597
2.1 Les espoirs déçus : l'échec <i>inter partes</i>	598
2.1.1 Une égalité malmenée.....	598
2.1.2 La persistance des conflits.....	599
2.1.3 La radicalisation des conflits.....	600
2.2 L'effet nuisible du recours au contrat : l'échec au regard de l'enfant.....	600
2.2.1 L'enfant pris en otage !.....	601
2.2.2 Le malaise adolescent	603
2.2.3 Un appel à des solutions courageuses.....	604

La contractualisation de la famille est un phénomène fréquemment décrit et relativement ancien¹, tantôt approuvé, tantôt décrié. Bien que la

1. J. VIDAL, «Les conventions de divorce», dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 805.

référence au contrat soit abusive², elle exprime de manière imagée, même si ce n'est pas sans ambiguïté, la faveur du législateur contemporain pour la volonté individuelle dans la famille au détriment de son aspect institutionnel : le contrat plutôt que le statut³.

Traditionnellement toutefois, le sort des enfants réputé totalement indisponible par nature échappait à cette tendance⁴. Le caractère d'ordre public de l'autorité parentale et de l'obligation d'entretien, toutes deux indissociables de la qualité de parent, semblait les mettre à l'abri de l'emprise de la volonté individuelle. Ainsi, l'article 376 du *Code civil* français⁵ dispose toujours que « [a]ucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement⁶ » de délégation et l'article 1388⁷, même si son domaine est plus restreint, confirme ce caractère indisponible de l'autorité parentale.

Pourtant, depuis peu il est vrai, le vocabulaire relevant du champ lexical propre au droit des contrats s'est invité au sein des textes relatifs à l'autorité parentale. Il ne s'agit bien souvent que d'un habillage grossier tant l'institution visée n'entretient qu'un lien tenu avec la manifestation d'une volonté contractuelle⁸. Le législateur tente alors, fort maladroitement,

-
2. Cf. Claire NEIRINCK et Maryline BRUGGEMAN, « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », (2008) *C. de D.* 551.
 3. Laurent LEVENEUR, « Introduction », dans Dominique FENOUILLET et Pascal VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, t. 14, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2001, p. 1.
 4. Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Divorce et contrat », dans D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), préc., note 3, p. 67.
 5. Premier article consacré à la délégation de l'autorité parentale, l'article 376 demeure l'un des seuls de cette section à ne pas avoir été modifié par les réformes récentes. Il pose ainsi un principe dont la portée tend cependant à être atténuée du fait des facilités offertes aux parents pour déléguer leur autorité. Cependant, l'intervention du juge demeure nécessaire et symbolise le maintien du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale.
 6. C'est à l'occasion d'une demande de délégation que le Tribunal de grande instance de Versailles a été amené à rappeler de manière solennelle le caractère d'ordre public de l'autorité parentale : « La délégation d'autorité parentale a été instituée par les articles 376 et 377 du Code civil pour les seuls cas où les circonstances l'exigent [et] dans l'intérêt de l'enfant, elle n'est pas à la disposition des parents » (TGI Versailles, JAF, 6 avril 2004, Juris-Data n° 2004-247619, *Droit de la famille* 2004.11.22, comm. n° 199 (Murat)).
 7. C. civ., art. 1388 : « Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle. »
 8. Créé par la *Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances*, J.O. 2 avril 2006, p. 4950, un contrat de *responsabilité parentale* peut être proposé par le président du conseil général aux parents d'un enfant en situation d'absentéisme scolaire ou bien en cas de trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre

de dissimuler ses intentions interventionnistes au sein des familles. En d'autres occasions, cependant, les termes employés reflètent fidèlement l'intention du législateur : atténuer le caractère impératif des règles régissant les rapports parents-enfant. Ainsi, s'il ne faut citer qu'un seul exemple, la précision clôturant l'article 371-1 du *Code civil* français est représentative : « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent. »

Cette évolution du vocabulaire est flagrante dans les textes régissant le sort des enfants au cas de rupture parentale : le père et la mère sont invités à régler de manière conventionnelle les conséquences de leur rupture au regard de l'autorité parentale et de l'obligation d'entretien. Fréquemment mise en évidence, cette évolution législative n'en est pas moins empreinte d'ambiguïté, la décrire ne permettant pas toujours d'en discerner les motifs réels et les objectifs poursuivis (1). Observée depuis une dizaine d'années, cette tendance devrait d'ores et déjà avoir porté ses fruits. Pourtant, les résultats obtenus ne paraissent pas à la hauteur des objectifs affichés (2).

1 Les vertus espérées du contrat⁹

Ce sont principalement deux des vertus dont se pare le contrat que convoite le droit de la famille : l'égalitarisme contractuel et le règlement extrajudiciaire des conflits.

difficulté « liée à une carence de l'autorité parentale » (article L. 222-4-1 du *Code de l'action sociale et des familles*). L'ambiguïté de ce nouvel « instrument » apparaît clairement au regard des sanctions susceptibles de frapper les parents au cas de refus de leur part de signer le contrat proposé – le terme « contrat » n'est donc pas adapté – ou en cas de non-respect des obligations mises à leur charge par ce contrat – la suspension du versement de tout ou partie des prestations afférentes à l'enfant. Voir : Sophie LAMBERT, « Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'État prend le relais de l'autorité parentale », *Droit de la famille* 2007.6.16, étude n° 25 ; Frédéric ROLIN, « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », *Revue de droit sanitaire et social* 2007.1.38 ; Frédérique EUDIER, « Le décret relatif au contrat de responsabilité parentale est paru », *Revue juridique personnes & famille* 2006.11.27. Le *Code de l'action sociale et des familles* fait en outre référence au projet pour l'enfant (art. L. 223-1, al. 5) pour les parents qui demandent à bénéficier de certaines prestations sociales. Le document intitulé « Projet pour l'enfant » précise les actions qui seront menées auprès de l'enfant, des parents et de son environnement, le rôle des parents, les objectifs visés et les délais de leur mise en œuvre. Il mentionne l'institution et la personne chargées d'assurer la cohérence et la continuité des interventions. Ce document est cosigné par le président du conseil général et les représentants légaux du mineur ainsi que par un responsable de chacun des organismes chargés de mettre en œuvre les interventions. Il est porté à la connaissance du mineur et, pour l'application de l'article L. 223-3-1, transmis au juge.

9. Pour plus de commodité, nous emploierons dans cette étude la qualification de « contrat » pour les conventions de rupture même si nous avons pu établir qu'elle était abusive : cf. C. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN, préc., note 2.

Le contrat repose sur un principe d'égalité ; transposé aux relations familiales, le mécanisme contractuel devrait garantir un traitement égalitaire des parents séparés et faire taire les critiques adressées au droit antérieur, accusé de privilégier l'un des parents au détriment de l'autre (1.1).

De manière tout autant essentielle, c'est l'apaisement des conflits familiaux qui est recherché par le recours au « contrat » : il offre aux parties la possibilité de résoudre ensemble, sans intervention extérieure, leur désaccord. Les solutions négociées ainsi dégagées sont censées être mieux respectées que celles qui sont imposées par la loi ou par l'autorité judiciaire et le contentieux familial devrait s'en trouver apaisé (1.2).

1.1 Le contrat, instrument de promotion de l'égalité au sein de la famille

1.1.1 Le droit antérieur

La qualité de parent et le statut qui en découle sont indépendants de la forme de couple choisie. En revanche, la séparation des parents oblige à organiser de manière différente l'exercice de l'autorité parentale et à prévoir des modalités spécifiques de contribution à l'entretien de l'enfant. Autrefois, l'un des parents était nécessairement privé de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, bien que chacun d'eux conservât le droit d'autorité parentale — et donc la vocation à l'exercer —, il était jugé impossible que l'exercice de l'autorité parentale pût être le fait de deux parents qui ne s'entendaient plus ; l'exercice conjoint n'était concevable qu'au sein d'une famille unie. À défaut, un seul parent exerçait cette autorité et se voyait accorder la garde de l'enfant ; l'autre, privé de la présence de l'enfant et de la part effective de son autorité, disposait d'un simple droit de visite et d'hébergement et devait dès lors verser au parent hébergeant une pension alimentaire au titre de sa contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Un choix entre les deux parents s'imposait ! C'est la loi qui s'est chargée de l'opérer : jusqu'en 1975 pour les couples mariés divorcés — l'époux auquel était imputée la responsabilité du divorce se voyait alors refuser l'exercice de l'autorité parentale¹⁰ —, alors que dans la famille naturelle

10. Dès l'admission du divorce en droit positif, les solutions retenues impliquaient de distinguer selon les formes de divorce : ainsi, dans le décret du 21 mars 1803 au cas de divorce par consentement mutuel, les parents devaient eux-mêmes décider du parent qui se verrait confier l'enfant (la modernité de ces dispositions ne peut qu'interpeller rétrospectivement !) – voir l'article 280 du *Code Napoléon*. Toutefois, dans les autres formes de divorce, c'était l'époux qui avait obtenu le divorce qui se voyait confier l'enfant : les causes qui justifiaient le divorce impliquaient la dépravation morale de l'un des époux, et

la mère s'était vu accorder une prééminence qu'elle n'a perdu totalement qu'en 2002. Ces principes ont bien vite été modulés par l'intervention du juge, garant de l'intérêt de l'enfant. En apparence plus équilibrée, cette solution devait cependant aboutir à confier majoritairement l'exercice de l'autorité parentale à la mère de l'enfant, situation que beaucoup ont jugée injuste et discriminatoire¹¹.

1.1.2 Un droit jugé discriminatoire

C'est en niant la difficulté que le droit français a choisi de répondre à cette accusation : refusant d'imposer un choix, il a opté pour une égalité de façade et affirmé que la rupture n'a aucune incidence sur l'exercice de l'autorité parentale¹². Ainsi, en dépit de l'éclatement de la cellule familiale, l'exercice en commun est aujourd'hui le principe affiché ostensiblement en tête du paragraphe consacré à l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés alors même qu'il était acquis dès avant sa consécration par la loi du 4 mars 2002¹³.

il paraissait juste à l'époque d'en déduire son inaptitude à exercer ses droits de parents. L'article 302 dans sa rédaction initiale précisait que l'époux innocent se voyait confier les enfants : une exception était prévue « pour le plus grand avantage des enfants ». Voir Maryline BRUGGEMAN, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n° 177 et suiv. Ce principe a été maintenu au-delà de la réforme du 4 juin 1970 : *Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale*, J.O. 5 juin 1970, p. 5227. Ce n'est qu'en 1975 que l'intérêt de l'enfant et non plus le résultat du divorce est devenu le critère de répartition des droits et devoirs des parents : *Loi n° 75-617 du 11 juill. 1975 portant réforme du divorce*, J.O. 12 juill. 1975, p. 7171.

11. Que la raison réside dans un *a priori* favorable à la mère de la part des juges ou dans des considérations fondées sur la pratique, l'exercice de l'autorité parentale était majoritairement confié à la mère seule ; par ailleurs, il a été constaté que les pères ne demandaient que rarement la résidence habituelle de l'enfant : voir Irène THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 1998, p. 195.
12. C. civ., art. 373-2.
13. Avant l'intervention de la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, J.O. 5 mars 2002, p. 4161, l'article 372, alinéa 2 du *Code civil* français précisait que l'autorité parentale était exercée en commun si les parents d'un enfant naturel l'ayant tous deux reconnu avant qu'il ait atteint l'âge de 1 an vivaient en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance ; il subordonnait donc l'exercice en commun de l'autorité parentale à la preuve d'un fait, la communauté de vie. La portée de cette disposition suscitait certaines difficultés : s'agissait-il de la consécration d'un principe de l'exercice commun de l'autorité parentale au sein de la famille naturelle ? La majorité des auteurs estimait que, même s'il demeurait subordonné à la réunion de conditions légales, c'était bien un véritable principe, la production de l'acte de notoriété ne constituant qu'un mode de preuve à l'égard des tiers : Marianne

Ainsi, lorsque, avant la rupture, le père et la mère exercent en commun l'autorité parentale, il en sera de même après la séparation. Il ne saurait y avoir d'inégalité puisque aucun choix ne doit être opéré. Cependant, loin de la résoudre, cette affirmation s'est contentée de dissimuler la difficulté. Elle ressurgit de nos jours sur un autre terrain tout aussi conflictuel : les parents ayant acquis la quasi-certitude de conserver l'exercice de l'autorité parentale, c'est sur la question de la résidence de l'enfant qu'ils s'affrontent désormais !

1.1.3 Un égalitarisme poussé à l'extrême

L'enfant n'est pas un meuble. Il ne saurait être divisé en deux parts égales. L'attribution de la résidence de l'enfant est progressivement devenue le nouveau cheval de bataille des parents désunis. Aux mêmes maux, les mêmes remèdes ! Refusant une fois encore d'opérer un choix, le législateur a tout simplement supprimé l'obligation de fixer une résidence principale à l'enfant en autorisant — en privilégiant même — la résidence alternée qu'il avait autrefois proscrite¹⁴. La loi du 4 mars 2002 a en effet clairement manifesté sa préférence pour ce mode de résidence en offrant notamment la possibilité au juge de l'imposer en dépit d'un désaccord parental¹⁵ ; elle n'a cependant pas osé l'imposer comme solution de principe, préférant renvoyer la responsabilité du choix de cette modalité d'hébergement aux parents par l'entremise des conventions de rupture. Celles-ci, désormais ouvertes aux couples mariés ou non mariés, permettent notamment aux parents d'aménager la résidence de l'enfant. Cet aménagement conventionnel est par ailleurs la solution privilégiée par la loi, le juge n'étant appelé à intervenir qu'à défaut d'accord entre les parents¹⁶.

FORGIT, « L'exercice conjoint de l'autorité parentale dans la famille naturelle. De la difficile combinaison des articles 372, alinéa 2, et 374, alinéa 2, du Code civil », *Droit de la famille* 1997.5.4, chron. n° 6. Ainsi, dès la réunion des conditions précisées par le texte, l'exercice conjoint de l'autorité parentale devenait le principe sans avoir besoin pour en bénéficier d'en établir la preuve. Voir : M. BRUGGEMAN, préc., note 10, n° 195 et suiv. ; Hugues FULCHIRON et Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, « Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993 », D. 1997.Chron.363.

14. Voir, sur les motifs qui étaient avancés pour justifier le refus de la garde alternée, Marie-France NICOLAS-MAGUIN, « À propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés », D. 1983.Chron.111.

15. C. civ., art. 373-2-9, al. 2.

16. Le règlement des conséquences de la séparation par la voie de conventions est le premier mode de règlement évoqué par l'article 373-2-7 du *Code civil*. Ce n'est qu'à défaut d'accord que la saisine du juge est envisagée pour régler les conséquences de la rupture.

C'est donc aux parents que revient à l'heure actuelle principalement la responsabilité du choix du mode de résidence de l'enfant : la loi affirmant l'égalité de leurs droits et leur égale vocation à exercer l'autorité à l'égard de l'enfant, c'est à eux qu'incombe la responsabilité de mettre en œuvre cette égalité au moyen d'un seul et unique instrument, soit la convention. Ce n'est qu'à défaut d'accord que le juge interviendra avec pour consigne, là encore, de respecter cette égalité par l'entremise de l'alternance. En favorisant le contrat, le législateur a voulu faire prévaloir la démocratie¹⁷ familiale... C'est au sein du groupe familial que les solutions doivent être trouvées, l'ingérence du juge et de la loi devant être la moins prégnante possible. En refusant de choisir entre les parents, en ne consentant pas à reconnaître un trop grand pouvoir d'appréciation au juge, le législateur a souhaité montrer qu'il n'émettait aucun jugement de valeur et qu'il n'avait aucune préférence *a priori* entre le père et la mère. Dans cette perspective, le « contrat » était assurément l'outil qui manquait au droit de la famille. Il présenterait en outre l'avantage de limiter les conflits en substituant des solutions négociées à celles que l'autorité judiciaire impose.

1.2 Le contrat, instrument d'apaisement des conflits

1.2.1 Un droit antérieur générateur de contentieux

Le droit antérieur, par le recours systématique à l'arbitrage judiciaire qu'il imposait, conduisait dans la quasi-totalité des hypothèses à imposer à l'un des parents des modalités d'exercice de l'autorité parentale qu'il n'approuvait pas ou un montant de pension alimentaire auquel il ne souscrivait pas. Dès lors, loin de s'éteindre avec le jugement, le conflit perdurait : celui qui s'était vu refuser l'exercice de l'autorité parentale ou la résidence principale de l'enfant profitait de la première occasion qui lui était donnée de saisir à nouveau la justice, parfois sous de faux prétextes, formulant de fausses accusations à l'encontre de l'autre parent. En permanence saisi de demandes de modifications des décisions précédentes jugées injustes, le juge aux affaires familiales pouvait également être saisi afin d'arbitrer des conflits liés à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, ce mode d'exercice de l'autorité parentale impliquant que les décisions prises recueillent

17. Le terme « démocratie » est ici employé au sens où ce sont les membres de la famille eux-mêmes qui prennent les décisions, le gouvernement de la famille est assuré par ceux qui la composent.

l'accord des deux parents. Un tel accord se révèle pourtant bien souvent utopique lorsque les parents s'entredéchirent¹⁸.

1.2.2 Une volonté d'apaisement affichée

L'apaisement des conflits était devenue au moment de la réforme de l'autorité parentale un objectif prioritaire. Le recours aux solutions négociées a été présenté comme le moyen de l'atteindre par le rapport de M^{me} Dekeuwer-Défossez¹⁹ qui a précédé et inspiré la réforme de 2002. Il est en effet communément admis qu'une personne est plus encline à respecter ce qu'elle s'est elle-même imposé. Par ailleurs, les parents ayant eux-mêmes consenti à la convention ne pouvaient plus imputer à la loi ou au juge l'injustice ou l'inadaptation de la solution arrêtée. C'est d'ailleurs parce qu'elle est le fruit d'un choix qu'elle est présumée être juste et équitable—selon la célèbre formule de Fouillée: «qui dit contractuel dit juste»! Le recours aux solutions négociées devait dès lors tarir la source des contentieux à venir...

Égalité parfaite de droits, apaisement des conflits et tarissement du contentieux, tels étaient donc les avantages escomptés du recours au contrat. En outre, même si cet objectif était moins clairement affiché, la «contractualisation» des ruptures devait limiter l'engagement des juridictions familiales. Ces vertus, reconnues au contrat dans le monde marchand, ne sont pourtant pas aisément transposables en dehors d'une logique économique.

2 Les illusions perdues

En premier lieu, un constat: les récentes réformes, marquées par de forts accents de contractualisme, n'ont en rien permis de limiter les conflits

18. Afin de réduire les motifs de saisine des juges aux affaires familiales, des limites ont été voulues et insérées par les textes récents: ainsi, selon l'article 373-2-8 du *Code civil*, le ou les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales comme auparavant pour obtenir une modification du mode d'exercice de l'autorité parentale, mais la rédaction du texte semble exclure la possibilité de le saisir aux seules fins de lui demander un arbitrage entre les parents en désaccord au regard des décisions à prendre pour l'enfant. Sur cette possibilité et l'indécision suscitée par la formulation du texte: Pascale SALVAGE-GEREST, «Le juge aux affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale)», *Droit de la famille* 2003.4.8, chron. n° 12, spéc. n° 17; Hélène CAPELA, *La protection de l'incapable à l'épreuve de la médecine*, thèse de doctorat en droit, Toulouse, Université des sciences sociales Toulouse I, 2007, n° 250 et suiv.

19. Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapport au garde des sceaux, ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 1999.

familiaux ni l'ampleur du contentieux. L'apaisement souhaité n'est pas advenu (2.1). Loin d'être un simple espoir déçu, l'incidence de l'évolution décrite excède le cadre du conflit parental : à trop vouloir garantir l'égalité entre les parents, l'enfant lui-même en pâtit (2.2).

2.1 Les espoirs déçus : l'échec *inter partes*

2.1.1 Une égalité malmenée

L'égalité entre les parents longtemps revendiquée est aujourd'hui acquise, du moins l'est-elle en droit. Dans les faits, le père et la mère dotés de pouvoirs identiques, tous deux également libres de contracter, peuvent convenir d'une répartition égalitaire de la charge de l'enfant et ainsi bénéficier d'une présence de l'enfant auprès d'eux dans une égale proportion — ce qui leur accorde en outre un temps libre équivalent sans enfant ! Par le renvoi au contrat, la loi entend promouvoir la « coparentalité »²⁰, l'égalité dans les faits entre le père et la mère.

Pourtant, la liberté « contractuelle » n'est pas toujours au service de l'équité ; la liberté dont les parents disposent quant au contenu des conventions de rupture est sans borne, et ce qui devait être au service de l'égalité des parents peut tout autant la desservir ! Ainsi, rien n'interdit que, par convention, les parents choisissent volontairement un mode unilatéral d'exercice de l'autorité parentale au mépris des préférences manifestées par la loi²¹. Bien sûr, le juge est tenu d'homologuer la convention, mais il ne dispose à cette occasion que d'un pouvoir limité : l'accord des parents est présumé être la meilleure solution au conflit et il ne saurait intervenir que s'il estime que les termes de cet accord ne préservent pas *suffisamment* l'intérêt de l'enfant²².

Certes, ces situations demeurent exceptionnelles, la grande majorité des couples optant pour un exercice conjoint avec un partage égalitaire de la résidence conformément à l'idéal affiché par la loi. Pourtant, la Cour de cassation a elle-même été contrainte de rappeler que la résidence alternée

20. Claire NEIRINCK, « De la parenté à la parentalité », dans Alain BRUEL et autres, *De la parenté à la parentalité*, Ramonville Saint-Agne, Éditions Érès, 2001, p. 15.

21. Marie PIERRE, « L'exercice de l'autorité parentale », dans Claire NEIRINCK (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne, Éditions Érès, 2003, p. 127.

22. Ainsi a-t-il été relevé que, dans certaines juridictions, les juges aux affaires familiales homologuent systématiquement les conventions optant pour la résidence alternée considérant que, en cas d'entente parentale, ils n'ont pas à intervenir : voir Stéphanie HÉBRARD, « Loi du 4 mars 2002 : regard d'un juge aux affaires familiales », *Actualité Juridique famille* 2003.9.296.

pouvait également renvoyer à un rythme différent²³. Dès lors, comment encore affirmer que le recours au contrat garantit l'égalité des parents et la coparentalité ?

2.1.2 La persistance des conflits

En outre, l'abondance du contentieux familial n'a pas diminué depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002. L'intervention du juge aux affaires familiales demeure fréquente, qu'il s'agisse d'homologuer des conventions de rupture ou de les réviser ou encore de pallier l'absence d'accord. Il est une part incompressible de contentieux judiciaire : les besoins de l'enfant comme la situation des parents évoluent. Ainsi, même si, au jour de la rupture, leur accord est réel, il ne résiste pas nécessairement à l'épreuve du temps²⁴. Une recomposition familiale, un changement dans la vie professionnelle, les aléas de la vie peuvent à tout moment venir changer la donne initiale²⁵. Cependant, au-delà de cette explication rationnelle, il en est une autre, liée de manière intrinsèque au domaine dans lequel ces conventions interviennent : si l'accord donné au jour de la rupture — par exemple pour une résidence alternée sans pension alimentaire — est ultérieurement remis en cause, ce peut être également parce qu'il n'a jamais été le reflet de la volonté réelle du parent. Il n'est pas le fruit de négociations mais plutôt le résultat de l'envie du parent de rompre rapidement une relation qui n'a que trop duré ; le parent qui souhaite en finir au plus vite avec ces « formalités », avec ces négociations qui le contraignent à maintenir un lien avec celui qu'il quitte ou qui le quitte, se soumet et acquiesce aux *desiderata* de l'autre²⁶. L'accord donné n'est alors qu'un leurre, un pis-aller qu'il est en outre aisé de remettre en cause ultérieurement.

23. Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 2007, pourvoi n° 06-16.886, *Droit de la famille* 2007.7-8.28, comm. n° 143 (Murat) : « Mais attendu, que l'article 373-2-9 du Code civil n'impose pas, pour que la résidence d'un enfant soit fixée en alternance au domicile de chacun des parents, que le temps passé par l'enfant auprès de son père et de sa mère soit de même durée ; que les juges du fond peuvent, si l'intérêt de l'enfant le commande, compte tenu des circonstances de la cause, décider d'une alternance aboutissant à un partage inégal du temps de présence de l'enfant auprès de chacun de ses parents ».

24. Cf. C. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN, préc., note 2, section 2.

25. Ainsi, par exemple, un des parents refait sa vie et souhaite voir élargi le droit d'hébergement qui lui avait été accordé ou, à l'inverse, sa nouvelle vie incite le parent à rejeter l'enfant issu d'un premier lit.

26. Ce souhait d'accélérer les négociations explique certainement le fait qu'un parent peut abandonner tout droit à une pension alimentaire. En effet, malgré un hébergement parfaitement paritaire, les parents sont tenus de contribuer à l'entretien de l'enfant à proportion de leurs ressources respectives ; même si le temps de présence de l'enfant auprès de chaque parent est le même, celui qui a des revenus inférieurs conserve le droit d'obtenir de l'autre une pension alimentaire.

La persistance du contentieux était donc prévisible, car inévitable. À cet égard, il serait aisé de croire que l'impact des réformes récentes a été neutre, un coup d'épée dans l'eau. Il n'en est rien puisqu'elles ont en outre conduit à la radicalisation des conflits.

2.1.3 La radicalisation des conflits

Le contrat place les deux parents à armes égales dans la négociation. Ils n'ont alors qu'une alternative : se soumettre ou combattre ! Les parents sont fortement incités à s'entendre, à faire preuve de sagesse. Le conflit est mal vu dans nos sociétés de faux-semblants²⁷ ! Le conflit parental a changé de nature : il s'est transformé en un affrontement direct dénué en outre de l'arbitrage du juge. Bien sûr, le recours au juge demeure possible comme solution de repli, mais celui-ci ne dispose que de peu de pouvoirs : l'article 373-2-11 du *Code civil* l'invite à prendre en considération, en premier lieu, en l'absence d'accord parental, la pratique que les parents ont jusqu'à présent suivie — ce qui aboutit à maintenir la solution obtenue lors d'un précédent accord — ou, en second lieu, les sentiments exprimés par l'enfant — qui devient dès lors l'arbitre involontaire du conflit²⁸ ! Du fait de la faiblesse des pouvoirs du juge, les parents sont renvoyés dos à dos, condamnés à s'entendre ou à recourir à d'autres moyens d'emporter la victoire... La première victime de cette radicalisation du conflit n'est autre que l'enfant.

2.2 L'effet nuisible du recours au contrat : l'échec au regard de l'enfant

À se préoccuper principalement du conflit parental, on en oublierait presque l'enfant ! Un tel oubli n'est évidemment pas délibéré, ni de la part du législateur ni de la part des parents. Cependant, chacun détient sa propre conception de ce qu'impose son intérêt. À cet égard, l'absence de référent,

27. Miguel BENASAYAG et Angélique DEL REY, *Éloge du conflit*, Paris, La Découverte, 2007, notamment à la page 183 :

Les sociétés occidentales et assimilées se prétendent désacralisées. Elles en auraient fini avec l'idéologie, seraient des sociétés *empiriques* ne se laissant plus berner par des rêves et utopies [...] En réalité, à l'opposé de ce fantasme, jamais une société n'a été autant disciplinée que la nôtre [...] Les individus « libres de leurs choix » ne le sont que dans l'imaginaire. Et voilà bien le triomphe de la norme : c'est pour s'y conformer que les individus corrigent eux-mêmes, en permanence, leurs comportements et leurs envies.

28. C. civ., art. 373-2-11 : « Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : 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. »

d'observateur extérieur, empêche une réelle conciliation des points de vue qui s'affrontent. Le premier à en subir les conséquences n'est autre que l'enfant lui-même.

2.2.1 L'enfant pris en otage!

Le changement de domicile de l'un des parents, qu'il soit imposé pour des raisons professionnelles ou délibéré, occasionne nécessairement des difficultés : cela impose fréquemment un réaménagement des modalités d'exercice de l'autorité parentale et donc l'obtention d'un nouvel accord avec l'autre parent. Le droit français prévoit que tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent ; ce n'est qu'au cas de désaccord que le parent le plus diligent saisit le juge. Là encore, la faveur est donnée aux solutions consensuelles. Cependant, c'est lorsque ce consensus est impossible à trouver, notamment en raison de l'éloignement trop important du nouveau domicile, que les drames se produisent : de crainte que le juge ne refuse d'accorder au parent qui s'éloigne des modalités lui permettant d'entretenir des liens étroits avec l'enfant, il a recours à la « politique du fait accompli » et déménage avant même d'organiser la situation²⁹ parfois en amenant l'enfant avec lui... La question de l'enlèvement international d'enfant n'est à cet égard que « la partie émergée de l'iceberg ». Il ne s'agit pas par ailleurs d'un phénomène d'apparition récente — la Conférence de La Haye de droit international privé s'en est préoccupé dès 1980³⁰. Cependant, il semble qu'il prenne aujourd'hui de l'ampleur, comme tendent à le montrer non seulement le nombre de cas dont est saisi le ministère de la Justice³¹ mais aussi la multiplication des arrêts rendus sur cette question et l'intérêt que les instances communautaires y portent depuis peu³². L'apparente

29. C. civ., art. 373-2; Isabelle REIN-LESCATEREYRES et Stéphanie TRAVADE-LANNOY, « L'évolution des conflits parentaux : l'exécution des décisions judiciaires à l'épreuve de la pratique », *Revue juridique personnes & famille* 2008.5.8.

30. *Convention de La Haye relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, 25 octobre 1980, (1983) 1343 R.T.N.U. 89.

31. En 2005, le ministère de la Justice a été saisi de 302 déplacements ou non-retours illicites d'enfants ; il y a eu 282 cas en 2006 : voir Adeline GOUTTENOIRE et Philippe BONFILS, *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, 2008, n° 579. Par ailleurs, sur 28 arrêts rendus par la Cour de cassation depuis 1990 sur cette question, la moitié l'a été au cours des trois dernières années. Voir notamment pour des exemples : Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2008, pourvois n° 07-15402, 06-22090 et 06-22091.

32. CE, *Règlement (CE) 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) 1347/2000*, [2003] J.O. L 338/1 :

multiplication des cas d'enlèvements internationaux d'enfants peut bien entendu être rapprochée de la mobilité croissante des individus, mais elle paraît également liée, même si c'est de manière indirecte, à la radicalisation des conflits parentaux. Là encore, à défaut de pouvoir s'accorder sur des modalités d'exercice de l'autorité parentale compatibles avec le départ à l'étranger de l'un d'eux, les parents se croient acculés au coup de force et y cèdent trop souvent.

Comme précédemment, la réponse du législateur à ces difficultés fait état de son indécision : il hésite entre imposer le rétablissement de la situation conforme à la loi—le retour de l'enfant auprès de celui à qui l'enfant a été illégalement soustrait—et la prise en considération de la situation concrète et de l'intérêt de l'enfant. En effet, le maintien du *statu quo* est bien souvent préférable lorsque le juge est appelé à se prononcer³³. Cette dernière option validée par la référence à l'intérêt de l'enfant donne cependant une prime à celui qui viole les dispositions relatives au droit de garde...

voir Dossier spécial, «Le règlement “Bruxelles II bis”», *Actualité Juridique famille* 2005.7-8.256. Voir également C.J.C.E., 11 juillet 2008, *Droit de la famille* 2008.9.6, alerte n° 69 (Bruggeman); *Actualité Juridique famille* 2008.9.350 (Boiché).

33. La *Convention de La Haye relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, préc., note 30, a pour objet d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant ; pour ce faire, elle a retenu un mécanisme de retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle antérieure à l'enlèvement ou à la rétention illicite (art. 12). Cependant, de nombreuses exceptions sont prévues : ainsi en est-il, selon l'article 13, lorsque «la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour» ou lorsqu'«il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable». Voir Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, pourvoi n° 07-11449, Juris-Data n° 2007-040862, *Droit de la famille* 2007.11.20, comm. n° 204 (Murat). Le fonctionnement de cette convention devrait être amélioré depuis l'entrée en vigueur du Règlement (CE) 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, dit «Bruxelles II bis», préc., note 32, du moins lorsque sont visés des États membres de l'Union européenne : il semble que ce texte affaiblisse l'article 13 (b), et le retour ne pourra plus être refusé que si le pays de résidence habituelle ne peut prendre des mesures de protection appropriées : voir Véronique CHAUVEAU, «Les apports du règlement “Bruxelles II bis” aux questions posées par les enlèvements d'enfants internationaux», *Actualité Juridique famille* 2005.7-8.265, et le dossier spécial que cette revue a consacré à ce texte communautaire à l'occasion de son entrée en vigueur.

Dans ces circonstances internationales comme dans les conflits parentaux internes, la parole de l'enfant devient fondamentale³⁴ : il est alors tenu de se prononcer pour ou contre, d'exprimer un choix bien délicat entre son père et sa mère. En outre, l'importance que le droit reconnaît désormais à son audition et aux sentiments qu'il exprime soumettent les parents à la tentation d'instrumentaliser sa parole—les fausses allégations d'attouchements sexuels en sont la manifestation la plus évidente. C'est alors aux juges de démêler le vrai du faux dans la parole de l'enfant alors que leur formation ne les destine nullement à cette tâche.

2.2.2 Le malaise adolescent

Même si les ruptures familiales se multiplient et deviennent aujourd'hui « monnaie courante », les enfants n'en sortent pas toujours indemnes. Le Défenseur des enfants a choisi de consacrer son rapport annuel 2007 à la situation des adolescents³⁵ : le tableau dressé par le rapport est dramatique tant sur le plan médical que sur le plan psychologique. Les adolescents français souffrent mille maux : conduites à risque (alcoolisme, usage de stupéfiants, suicides), troubles psychologiques graves, et ainsi de suite. Sans en indiquer avec précision les causes, le rapport montre du doigt les défaillances des politiques publiques, notamment le manque de structures spécifiques de prise en charge des adolescents. L'existence d'un malaise adolescent est étayé par de nombreuses études : ainsi, de nombreux témoi-

34. Anne RICHEZ-PONS, « La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe », *Droit de la famille* 2006.7-8.15, chron. n° 32.

35. FRANCE, LA DÉFENSEURE DES ENFANTS, *Adolescents en souffrance. Plaidoyer pour une véritable prise en charge*, rapport thématique par Dominique VERSINI, Paris, 2007, p. 19, [En ligne], [www.defenseurdesenfants.fr/pdf/RappThem2007.pdf] (5 novembre 2008) :

Les rôles de chacun ont connu des évolutions radicales. Les parcours de vie de beaucoup d'enfants et d'adolescents sont rythmés par des ruptures. Augmentation des divorces, des séparations, recompositions familiales plus ou moins stables et fréquentes conduisent l'enfant, certes à nouer avec des tiers des liens de qualité qu'il convient de préserver mais, à l'inverse, peuvent aussi le conduire à subir péniblement le choix de vie des adultes. Le fait que 36 % des situations individuelles pour lesquelles la Défenseure des enfants est saisie concernent les difficultés de maintien des liens familiaux l'illustre clairement [...] Marie Choquet avance en effet que « la dépression de l'adolescent est toujours associée à une détérioration du climat familial notamment dans les cas de séparations et de recompositions familiales successives » [...] Le constat est général : les ruptures affectives surtout lorsqu'elles sont mal accompagnées retentissent sur la construction psychique des enfants ; conjuguées aux difficultés économiques, à la solitude et à l'isolement des parents, ces ruptures aggravent le mal-être inhérent à l'adolescence.

gnages d'enfants soumis à la résidence alternée³⁶ mettent en évidence les difficultés qu'éprouvent ces enfants sans cesse ballottés d'une maison à une autre et instrumentalisés dans le conflit permanent de leurs parents.

2.2.3 Un appel à des solutions courageuses

Personne ne peut prétendre savoir avec certitude ce qu'implique l'intérêt de l'enfant. En revanche, chacun est apte à juger des résultats de la politique menée. Le recours aux solutions négociées, la faveur pour l'accord parental, se révèle un échec, et ce, en dépit des bonnes intentions dont étaient animés les promoteurs de la réforme. Des propositions claires, sans faux-semblants, doivent être formulées : peut-être conviendrait-il davantage d'imposer des solutions conformes à l'intérêt de l'enfant même si elles paraissent remettre en cause l'égalité parentale, plutôt que de « renvoyer la balle » aux parents qui, dans une situation de conflit sans arbitrage efficace, ne peuvent que s'affronter.

Ainsi, ne serait-il pas nécessaire d'abandonner le mythe de la survie du couple parental après rupture³⁷? En effet, en affirmant que celle-ci est sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale, le législateur a nié la réalité : un exercice en commun de l'autorité parentale impose une codécision difficile à obtenir lorsque les parents ne s'entendent plus. Le recours à la résidence alternée accentue cet état de fait : loin de promouvoir la codécision, ce mode de résidence épargne aux parents l'effort de la coopération³⁸. Loin d'instaurer une *co*-parentalité, l'alternance transforme l'exercice conjoint en un exercice lui-même alternatif de l'autorité parentale. L'enfant, soumis tour à tour à l'autorité de son père puis de sa mère, est en réalité soumis à deux autorités unilatérales successives ; chaque fois que l'enfant change de résidence, il vit dans un monde différent, à un rythme différent, selon des règles différentes. Alternance que le

36. Jacqueline PHÉLIP, *Le livre noir de la garde alternée*, avec la collaboration de Maurice BERGER et autres, Paris, Dunod, 2006 ; voir également l'appel du Défenseur des enfants dans son rapport d'activité 2003 sur l'encadrement nécessaire du recours à la résidence alternée : FRANCE, LA DÉFENSEURE DES ENFANTS, *Mineurs étrangers isolés vers une harmonisation des pratiques dans l'intérêt supérieur de l'enfant*, rapport annuel du Défenseur des enfants au président de la République et au Parlement par Dominique VERSINI, Paris, La Documentation française, 2003, p. 80, [En ligne], [www.defenseurdesenfants.fr/pdf/RappAct2003.pdf] (5 novembre 2008).

37. Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », [1995] *R.T.D. civ.* 249.

38. Ainsi, pour donner des exemples de la vie courante, est-il inutile au père d'exiger de la mère que son fils fasse du tennis puisqu'il peut, lorsqu'il est hébergé chez lui, l'amener à son cours de tennis ; est-il inutile à la mère d'imposer au père que l'enfant révise ses devoirs puisque, lors de son retour, elle pourra s'en assurer !

législateur a indirectement consacrée à l'occasion du vote de la loi relative à la protection de l'enfance³⁹ : depuis lors, l'article 373-2-9 est doté d'un nouvel alinéa précisant que, lorsque les parents n'ont pas convenu d'une résidence alternée, celui qui n'a pas la résidence principale de l'enfant dispose d'un droit de visite et d'hébergement. Il est donc dans une situation quasi identique à celle d'un parent n'exerçant pas l'autorité parentale. C'est accepter l'idée selon laquelle l'exercice de l'autorité parentale n'est effectif qu'en présence de l'enfant à ses côtés. Ne faudrait-il pas dès lors avoir le courage d'affirmer que seul celui qui héberge l'enfant détient l'exercice de l'autorité parentale ? En contrepartie, peut-être serait-il nécessaire de renforcer les droits de l'autre parent, notamment le droit de surveillance. De même, ne serait-il pas nécessaire de relativiser le dogme de l'égalité parentale ? Il a conduit à la généralisation de la résidence alternée dont les conséquences à long terme pour les enfants qui y sont soumis méritent à tout le moins d'être étudiées. Il a en outre conduit à recourir de manière abusive au mécanisme contractuel. Or l'inégalité est consubstantielle aux relations humaines : voilà pourquoi donner au juge de véritables pouvoirs d'arbitrage est ici nécessaire. C'est à lui, par son appréciation désintéressée de la situation, de s'assurer de la réalité du consensus parental et de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant sur ceux des parents.

« [L]e couple et la famille sont-ils [toujours] une affaire d'État ou un simple fait ? », s'interrogeait déjà le professeur Hauser en 1998⁴⁰. Aujourd'hui la réponse semble acquise : l'État estime préférable de ne se mêler que de manière exceptionnelle de la rupture du couple.

39. Il est toujours intéressant d'étudier la mécanique des réformes législatives. C'est à l'occasion de la *Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance*, J.O. 6 mars 2007, p. 4215, que cet article relatif à l'autorité parentale a été modifié ; cette modification pour anodine qu'elle paraisse annonce pourtant une régression sans précédent dans le droit de l'autorité parentale puisqu'il s'agit d'assimiler une situation où les deux parents exercent l'autorité parentale à un exercice unilatéral. Le fait qu'une telle évolution est intervenue à l'occasion d'une réforme de la protection de l'enfance laisse songeur !

40. Jean HAUSER, « Personnes et droits de la famille », [1998] *R.T.D. civ.* 652, 661.