UNIVERSITE LUMIERE LYON 2

FACULTE DE DROIT

EXAMEN DE LA SPECIFICITE DU TRAITEMENT DES CONFLITS FAMILIAUX

Thèse pour le doctorat en droit privé de l'Université Lumière Lyon 2, présentée et soutenue publiquement en **mars 2012** par

VALERIE SAUGE

Sous la direction de **Madame Marie-Claire RIVIER**

Professeur à l'Université Lumière Lyon 2

Jury :

Madame Marie-Claire RIVIER

Maître de conférences à l'Université Lumière Lyon 2

Madame Sylvie BERNIGAUD

Maître de conférences à l'Université Lumière Lyon 2

Madame Mélina DOUCHY-OUDOT

Professeur des universités à l'Université du Sud Toulon-Var, agrégée des facultés de droit

Monsieur Michel GAGET

Président de chambre à la Cour d'appel de LYON

Maître ALADEL Simone

Avocate au Barreau de BONNEVILLE et des Pays du Mont-Blanc

Rapporteurs :

Monsieur Michel GAGET et **Madame Mélina DOUCHY-OUDOT**

L'Université Lumière Lyon 2 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements les plus chers à Madame le Professeur Marie-Claire RIVIER pour tous ses encouragements et son précieux soutien scientifique.

A ma famille pour sa présence et son appui continuel dans cette longue aventure, pour m'emmener réaliser mon rêve.

A mes employeurs, Maitre DUBREUIL Emmanuel, Maitre FALLION Caroline et Maître FALLION Jean-Louis (SELARL F.D.A) pour les nombreuses disponibilités qu'ils m'ont offertes afin de mener à bien ce doctorat, le partage de leur pratique professionnelle qui m'a aidée à compléter cet ouvrage et leurs encouragements.

A mes amis pour leur assistance irremplaçable.

TABLE DES ABREVATIONS

Codes

C.civ	Code civil
CPC	Code de procédure civile
COJ	Code de l'organisation judiciaire
CSS	Code de la sécurité sociale
CASF	Code de l'action sociale et des familles
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CPP	Code de procédure pénale
CP	Code pénal

Juridictions

CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Cass	Cour de cassation
Crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Civ	Chambre civile de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel

Publications

AJF	Actualité juridique de la famille
Bull. civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CCE	Revue communication commerce électronique
D	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. famille	Revue de droit de la famille
Gaz.Pal	Gazette du Palais
JCP	Semaine juridique édition générale
JCP E	Semaine Juridique Entreprise et Affaires
JO	Journal officiel
LPA	Les petites affiches
Procédures	Revue procédures
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
RIU	Règlement Intérieur Unifié
RTD civ.	La Revue trimestrielle de droit civil
Rev. Trim. dr. sanitaire et soc	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social :
RJPF	Revue Juridique Personne et Famille
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel

Abréviations annexes

PACS	Pacte civil de solidarité
RPVJ	Réseau Privé Virtuel Justice
RPVA	Réseau Privé Virtuel Avocat
RPVHDJ	Réseau Privé Virtuel des Huissiers de Justice

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

LA QUETE D'UNE JUSTICE DE LA FAMILLE

Chapitre 1. Du XVIIème au XXème siècle : Les tâtonnements de la justice familiale

Chapitre 2. Un juge pour les affaires familiales : le juge aux affaires familiales

SECONDE PARTIE

LES PROCEDURES DE TRAITEMENT DES AFFAIRES FAMILIALES

Chapitre 1. L'introduction d'acteurs

Chapitre 2. Les spécificités procédurales

INTRODUCTION

« Les familles heureuses se ressemblent toutes ; les familles malheureuses sont malheureuses chacune à leur façon »

Léon TOLSTOI Anna Karénine (1877), p.15.

Cette citation démontre que chaque conflit de famille a sa spécificité et qu'il est nécessaire de trouver le traitement qui apaisera ses maux. Tel un médecin, le législateur est en perpétuelle recherche du remède approprié, apte à s'adapter à tous les différends familiaux qu'il rencontre.

Dans son ouvrage « Du contrat social », Jean-Jacques Rousseau, philosophe des Lumières, fonde son étude sur la famille, qu'il considère comme un modèle de société libre, dans lequel chaque membre évolue dans l'intérêt de tous et pas seulement dans l'intérêt du chef de famille. Dans cette vision moderne pour l'époque, cet auteur démontrait que la monarchie et son droit positif étaient inadaptés aux profonds bouleversements des mœurs et à l'évolution de la société et de la famille.

Aujourd'hui, cette métamorphose sociétale n'a pas cessé, et le droit est de plus en plus fluctuant. Le droit de la famille fait l'objet de nouvelles mutations depuis le dépôt du rapport du Recteur Guinchard le 30 juin 2008, dévoilant le projet d'un pôle de la famille, dans lequel sont réunis les magistrats susceptibles d'intervenir dans le cadre des conflits familiaux. Ce pôle de la famille se trouve au cœur du Réseau famille, offrant aux usagers de la justice familiale une meilleure qualité de service. Depuis, l'afflux de textes en la matière ne s'affaiblit pas, laissant à peine le temps à notre système judiciaire de se remettre du texte

précédent. Ces changements importants démontrent la nécessité pour notre droit de la famille de s'adapter à l'évolution de notre société, et plus précisément à celle de la famille.

Mais, qu'est ce que la famille ? Comment définir un conflit familial ?

Une première approche du point de vue des religions monothéistes permet de tracer les premières esquisses de la famille, fondement des premières conceptions du droit de la famille qui ont donné naissance à une pratique judiciaire.

La religion catholique la dépeint comme étant la communion intime de vie et d'amour conjugal fondée sur le mariage d'un homme et d'une femme. Elle se compose de deux parents soudés, entourés d'une myriade d'enfants, et offre le lieu premier des relations interpersonnelles, le fondement de la vie des personnes et le prototype de toute organisation.

Pour l'islam, la famille représente le noyau de base dans l'édification de la société musulmane. Elle repose sur deux piliers importants qui sont le fondement de sa constitution : l'homme et la femme, c'est-à-dire le mari et l'épouse. Ils sont les fondations de la création de la famille, de la naissance, de la postérité et de la procréation humaine à l'origine de la communauté et de la société.

La famille juive, quant à elle, est une structure cohérente qui se bâtit peu à peu par l'effort de ses membres. Plus qu'un cocon protecteur, elle est l'endroit où se construit la personnalité de chacun dans le respect de celle d'autrui.

Les présentes descriptions dévoilent ce que la sociologie dénomme la famille nucléaire, image de la famille traditionnelle composée d'un couple d'adultes, mariés ou non, et d'enfants nés de leur union ou adoptés ensemble, et partageant la même résidence principale.

Selon le professeur Marie-Thérèse Meulders-Klein, la famille est l'institution de base de toutes les sociétés, mais aussi, le noyau le plus intime au cœur duquel se développe et se noue les amours ou les haines et où se jouent tous les destins[1]. Ayant autrefois retenu un modèle autocratique dans lequel le chef de famille avait toute primauté, le législateur ne songea pas à s'immiscer dans les affaires familiales, et ce, peu importe les injustices commises, comme les violences conjugales, l'adultère. Puis la société eut connaissance de ces différends familiaux, qui conduisirent les esprits à prendre conscience de ces changements de

[1] M.-T MEULDERS-KLEIN, « Famille », Dictionnaire de la Justice sous la direction de L. CADIET, PUF 2004, p.511

mœurs. La justice ne put méconnaitre ces bouleversements et fut contrainte d'intervenir en la matière. En effet, son intrusion n'apparut clairement qu'à la fin du XIXème siècle par la protection des enfants des classes prolétariennes et des femmes, et fut plus précise au milieu du XXème grâce à l'introduction du principe d'égalité juridique des époux, sans oublier celle des enfants et de la famille comme institution d'ordre public, pour l'époque, encore exclusivement fondée sur un mariage presque indissoluble. Depuis, les changements socio-économiques profonds des sociétés post modernes, l'éclatement des idées et des mœurs, la psychologie de la famille, la libre recherche du bonheur comme fondement de la « vie sociale et familiale » protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que l'indépendance économique des femmes ont contribué à rendre les relations familiales à la fois plus denses et plus frêles.

Pour le doyen Jean Carbonnier[2], la « famille du bon vieux temps » était la synthèse de plusieurs fonctions économiques : unité de production et de consommation, mécanisme d'assurance et réservoir de capital. Pour celle du XXème siècle, il parle de « famille possessionnée » comme étant une fontaine d'avantages économiques, pour ceux qui ont la chance d'avoir dans leur parenté un propriétaire

L'évolution de la famille démontre un particularisme sociologique que le droit de la famille ne peut ignorer. Selon Jean Carbonnier, la sociologie juridique énonce que la famille s'est transformée au fil du temps, dans ses fonctions comme dans ses structures, et ne cesse de se transformer, tout comme les institutions du droit[3]. Il explique que pour certains sociologues, la famille connait une évolution linéaire, progressive, pendant que d'autres pensent qu'elle vit une évolution en ricorsi, comme le démontre le divorce qui a disparu puis reparu dans notre législation. Un autre mouvement sociologique considère que cette évolution s'est considérablement accélérée à notre époque, suite aux grandes guerres mondiales et aux bouleversements survenus dans la technique de l'économie, s'opposant à une théorie sociologique estimant que l'évolution de la famille est uniformément lente, qu'une part de l'institution peut sembler pratiquement immobile dans les limites de l'observation.

[2] J. CARBONNIER, « Vis Famille, législation et quelques autres », Pour une sociologie du droit sans rigueur, Flexible droit, 1998 (6ème édition), p.206-208

[3] J. CARBONNIER, « Vis Famille, législation et quelques autres », Pour une sociologie du droit sans rigueur, Flexible droit, 1988 (6ème édition), p.204-206

En effet, le XXème siècle a connu un déclin sensible du mariage, puisque en 2007, 266 500 couples ont convolés en juste noces contre 417 000 en 1972, sans oublier, que les mariages religieux sont, eux aussi, beaucoup plus rares[4]. Du point de vue des sociologues, ce recul du mariage est du au fait que les couples ne souhaitent plus soumettre leur union à d'autres forces que celle des sentiments, l'immixtion de l'Etat étant intolérable[5].

Ce déclin du mariage s'explique également par l'augmentation de la conjugalité hors mariage, les couples non mariés étant aujourd'hui cinq fois plus nombreux qu'il y a trente ans. L'union libre est devenue une forme de vie très courante, et le législateur a été amené à légiférer en la matière par la création du pacte civil de solidarité en 1999[6]. Son succès s'est très vite révélé, puisque le nombre de PACS enregistrés poursuit son essor, 500 000 couples l'ayant adopté depuis sa création, dont 140 000 pour l'année 2008. Toutefois, cette nouvelle forme de conjugalité connait quelques difficultés, puisque 15% des PACS ont fait l'objet d'une dissolution.

Cette évolution de la famille se poursuit par un taux de fécondité qui reste important pour la France, qui se classe en tête des pays européens. Malgré l'élévation de l'âge moyen des mères et un niveau élevé de participation des femmes au marché du travail, l'indice conjoncturel de fécondité était d'un peu plus de deux enfants par femme en 2008, contre 1,9 enregistré en 1980[7]. Ce taux de fécondité s'explique par une augmentation des naissances hors mariage, qui ne cesse de s'accroitre depuis les années 70. En 2005, plus de 60% des premières naissances ont eu lieu hors mariage. Le mariage n'est plus considéré comme un préalable obligatoire pour accueillir un enfant, les couples commençant leur vie de couple de nombreuses années avant d'envisager la naissance d'un enfant et d'entrer dans la parentalité.

[4] Rapport de l'Assemblée nationale n°2832, 2 tomes, 25 janvier 2006

[5] M. SEGALEN, Sociologie de la famille, éd. A. COLIN, 2000, p.131

[6] Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, modifiée par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

[7] F. DEBOVE, R. SALOMON, T. JANVILLE, *Droit de la famille*, DYNA'SUP DROIT, 2010, (5ème édition), p.43

Un allongement surprenant de l'espérance de vie doit aussi être relevé, grâce aux progrès de la médecine. Ce vieillissement de la population qui devrait perdurer dans les années à venir, puisque les plus de 60 ans seront plus nombreux que les jeunes de 20 ans, et qui est du à l'avancée en âge des baby-boomers, depuis ces dernières années, soulève de nombreuses polémiques à propos des structures et des équipements collectifs nécessaires pour les accueillir, surtout concernant les personnes dépendantes.

Une diminution du veuvage est également à remarquer, la vie à deux concernant une fraction de plus en plus importante de la population âgée, qui s'explique par une baisse modérée des décès. Ainsi, en 2006, 531 100 personnes sont décédées, démontrant pour la troisième année consécutive, une mortalité en dessous de celle attendue, étant donné le vieillissement de la population. Mais, il faut rappeler que la mort des dernières générations du baby-boom devrait augmenter nettement, impliquant des conséquences socio-économiques tant sur le système de santé, avec la prise en charge d'un nombre croissant de personnes en fin de vie, que sur le secteur d'activité en relation avec les obsèques dont le chiffre d'affaire actuel est de l'ordre de 1,5 milliard d'euros[8].

Enfin, la famille a connu une augmentation extrêmement importante du nombre de divorces. En 2009, sur 373 108 saisines du juge aux affaires familiales, 130 601 concernent des divorces prononcés, dont 68 580 par consentement mutuel[9]. Cette augmentation du contentieux familial devant le tribunal de grande instance est une donnée essentielle pour comprendre son fonctionnement et doit susciter l'intérêt des juristes du droit de la famille, cette juridiction étant le juge de la majeure part des litiges concernant la famille.

[8] A. MONNIER, « Le baby-boom suite et fin », in Population et sociétés, n°431, INED, février 2007
[9] http://www.justice.gouv.fr/le-ministère-de-la-justice-10017/

Ces causes de l'évolution de la famille justifient un nombre croissant de conflits conjugaux, de séparations et de divorces.

D'après « Les chiffres clés de 2010 » fournis par le Ministère de la Justice, le contentieux du droit de la famille pour l'année 2009 représentait 404 590 affaires, soit 58,8% des dossiers traités par les tribunaux de grande instance[10].

Cette mutation de la famille a donné naissance à la famille recomposée, comprenant un couple d'adultes, marié ou non, et au moins un enfant né d'une union précédente de l'un des conjoints.

Cette nouvelle forme de famille a soulevé certaines interrogations quant à la situation du beau-parent. Le candidat Nicolas Sarkozy avait annoncé un statut du beau-parent lors de sa compagne qui au printemps 2009 a donné lieu à un avant projet de loi sur l'autorité parentale et le droit des tiers afin de redéfinir la place du beau-parent, et plus largement, du tiers au sein de la cellule familiale[11]. Ce texte, perçu comme un premier pas vers la reconnaissance de l'homoparentalité ou comme fragilisant l'autorité parentale du parent séparé au profit des tiers, à alors suscité une vive polémique.

En effet, le projet de loi était annoncé afin de simplifier la vie quotidienne dans les familles recomposées et sécuriser la relation entre le tiers et l'enfant en cas de séparation. Il a été jugé inutile, apportant quelques nouveautés en matière de partage de l'autorité parentale avec un tiers, mais entrainant la confusion dans les relations familiales au détriment, en premier lieu, de l'enfant. En outre, ce projet comportait enfin des mesures visant à renforcer la coparentalité, qui n'avaient pas leur place dans ce texte et n'auraient su servir de prétexte pour faire croire que le texte dans son ensemble répondait à une nécessité. Ce projet de loi n'a pas eu de suite, les dispositions actuelles prévoyant les règles nécessaires en la matière. Toutefois, le tiers peut parfois détenir une place déterminante, permettant l'existence d'une coparentalité

[10] ibid

[11] A. GOUTTENOIRE, « Un beau-parent peut en cacher un autre », Dr. famille 2006, alerte 10 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Où l'on reparle des droits du beau-parent* », Dr. famille 2008, repère 5 ; A. MIRKOVIC, « *Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible* », Dr. famille 2009, étude 28 ; B. BEIGNIER, « *Beau-parent ou tiers ?* », Dr. famille Juin 2009, repère 6 ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'autorité parentale et les tiers », Dr. famille Avril 2010, étude 7

et le respect de l'autorité parentale. Comme l'écrit Madame Moracchini-Zeidenberg, on en revient au point de départ, la définition du tiers : « Combien de temps l'adulte porteur d'un projet parental pourra-t-il être cantonné dans cette catégorie ?[12] »

Au fil des siècles, l'évolution de la famille a amené le législateur à créer un droit de la famille complexe, les conflits familiaux pouvant être de diverses natures, dans lesquels une pluralité de juridictions peut intervenir. Pour comprendre l'immixtion de ces divers tribunaux, il est nécessaire de définir certains termes juridiques qui surviennent en la matière, afin de déterminer la fonction juridictionnelle compétente et le rôle du juge qui en découle.

Les termes de « conflit » et de « litige » sont ardus à définir, ces derniers étant souvent utilisés comme des synonymes tant par le discours du droit relatif aux mécanismes juridiques, que par le discours sur le droit, émanant de la doctrine juridique principalement. Le professeur Marie-Claire Rivier envisage un classement chronologique pour tenter de démêler la confusion[13]. Elle commence par la paix, situation où l'accord, l'adéquation des volontés est possible, pour se diriger vers la guerre déclarée, contexte où le procès, opposant des parties placées en position d'adversaires, dans le déroulement duquel le droit processuel fait respecter l'égalité des armes. Dans la guerre déclarée, elle distingue plusieurs étapes, dont la manifestation d'une résistance par la contestation, puis la formulation d'un désaccord par le différend, pour aboutir à la cristallisation dans l'affirmation de la position de chacun au regard de la règle de droit par le litige. Il est incontestable que ce schéma de l'évolution du désaccord ne suffit pas, et comme le précise Madame Rivier, il ne permet pas non plus de situer le conflit, ni de prendre en compte la terminologie employée par les dispositifs juridiques. Il pose malgré tout les bases de ces notions si complexes à cerner.

Elle apporte des éléments de réponse en se référant au droit processuel : ainsi, le compromis est une convention d'arbitrage réalisée après la naissance du litige, alors qu'en principe, le tribunal arbitral n'est pas créé. En outre, toute personne craignant ne pas pouvoir conserver les preuves nécessaires à la survenance d'un litige, a la possibilité de présenter une demande de mesure d'instruction avant tout procès, comme le prévoit l'article 145 du Code de procédure civile, alors que ledit litige n'est pas encore né. En matière gracieuse, l'utilisation

[12] Ibid

[13] M.-C RIVIER, « *Conflit/Litige* », Dictionnaire de la Justice sous la direction de L. CADIET, PUF 2004, p.196

de processus judiciaires spécifiques mène à une décision sans qu'il existe de litige. Ces exemples issus du droit processuel ne dessinent qu'une esquisse du terme « litige » et n'en offrent pas une définition claire.

Quant au Code de procédure civile, il ne délimite que le champ du litige, mais ne le définit pas en tant que tel : ainsi d'après les articles 4, 5 et 12 dudit code, l'objet du litige est délimité par les prétentions respectives des parties et le juge le tranche selon les règles de droit qui lui sont applicables, en se prononçant sur ce qui est demandé par les parties et seulement sur ce qu'elles demandent. Ici, le Code de procédure civile fixe la manière selon laquelle le juge doit trancher le litige. Par conséquent, il s'agit d'un différend dévoilant un caractère juridique, envisagé dans ses rapports avec les règles du procès.

Mais alors, qu'est ce qu'un différend ? Ce terme présente la formulation d'un désaccord entre deux ou plusieurs parties pour lequel l'intervention du droit du procès n'est pas encore nécessaire, et est par conséquent le préalable à tout litige. Madame Rivier se réfère au droit international public et notamment à la Cour de La Haye qui définit le différend comme étant « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes » Si on s'en tient à cette explication du différend, le litige est constitué, peu importe que les prétentions des parties aient été présentées au juge ou non. Cependant, la détermination de la naissance du litige est ici difficile à effectuer. Le terme de différend n'a donc plus la même signification que celle donnée précédemment.

Que devient le conflit ? Il intègrerait selon Madame Rivier un mélange d'éléments sociaux, économiques, politiques et psychologiques dans lequel le droit ne peut être évincé. Ainsi, tout conflit nait d'un contexte qui lui est propre pouvant aboutir à un litige, mais dont l'examen éloigne le droit du procès. L'exemple de la procédure par consentement mutuel démontre les divers visages que peut prendre un conflit, ce dernier relevant du gracieux, procédure incluant l'absence de litige entre les époux. Le conflit existe entre eux, mais le choix de cette procédure spécifique les empêche de s'orienter vers le litige, et par conséquent de présenter des prétentions contradictoires, la cause de leur volonté de se séparer n'étant pas connue du juge. Du point de vue du contentieux, la possibilité que le litige existe sans véritable conflit

est à envisager, comme le jugement d'expédient pour lequel le litige est formulé, les parties se trouvant en situation d'accord mais préférant un jugement reprenant les clauses dudit accord, dans le but d'obtenir les effets de tout acte juridictionnel. Le conflit ne peut rentrer dans le classement chronologique proposé par Madame Rivier, ce dernier pouvant revêtir plusieurs visages dont l'examen comprend le recours au mode juridictionnel, mais peut aussi le dépasser.

La délimitation de ces termes remet tout autant en cause la place du juge. En effet, l'évolution de la société entraine le juge à moderniser sans cesse son rôle, qui ne se borne plus à dire le droit, mais aussi à apaiser les conflits. A priori, il s'agit de la mission d'Hercule[14], comparée à celle de nos juges uniques et correspondant au juge de la famille, chargé de soigner la famille et de protéger l'enfant. Mais dans la mesure où on développe les modes alternatifs de règlements des conflits dans le contentieux familial, une place est faite au modèle Hermès, qui intervient afin de s'assurer que les coups ont été réguliers.

Son premier objectif est d'estomper le conflit puis de le trancher, s'il persiste ; premier objectif également lié à la volonté de développer les divers modes de règlement des différends, accompagné des griefs formulés à l'égard d'une justice déshumanisante moins à l'écoute du justiciable et complexe à comprendre. C'est ainsi, que peut être appelé à intervenir un médiateur, tiers chargé de soutenir les protagonistes dans la recherche d'une entente sur leur différend, et ce, dans le but d'anéantir le conflit. La situation du juge est distincte de celle du médiateur, puisqu'après avoir tenté de concilier les parties, il lui revient de trancher le litige auquel il est confronté, conformément aux règles applicables en la matière, et d'empêcher que ce même litige revienne devant lui, grâce à l'autorité de la chose jugée. Parfois, la décision qu'il rend permet d'apaiser le conflit, la procédure ayant permis aux parties d'exprimer leur maux. L'ambigüité entre conciliation du juge et traitement du différend est alors compréhensible et relance un débat récurrent sur l'impartialité du juge par rapport aux missions qui lui sont confiées. Même si ces notions présentent certaines controverses terminologiques, la pratique semble apporter quelques éléments de réponses concrets.

[14] F. OST, « *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge* », La force du droit, édition Bruylant, 1993, p.241

Toujours est il que l'ensemble de ces litiges traités par le juge, et de ces différends réglés par des tiers, forme le contentieux, qui suivant les matières devient de plus en plus conséquent.

Depuis le XVIIème siècle, le législateur est en quête d'un système judiciaire capable de résoudre ce dit contentieux dans un temps raisonnable, alternant l'intervention de juges non juristes par la création des tribunaux de famille issus du tribunal de district par la loi des 16 et 24 aout 1790, et celle de juges juristes, qui reste prédominante dans l'histoire. Le justiciable a montré à plusieurs reprises qu'il préfère avoir recours à un juge professionnel du droit afin d'être certain qu'une décision soit rendue dans le respect de ses droits et des règles en vigueur, que de confier son conflit à un juge non juriste. Juridiction spécifique du tribunal de district, son existence n'est que temporaire, ledit tribunal de district reprenant toute son envergure au XIXème siècle. Jusqu'à la fin des années 1950, le contentieux de la famille était réparti entre trois juridictions : le « tribunal civil », ancêtre de notre actuel tribunal de grande instance, jugeait les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à ce qui était encore la puissance paternelle ; « les justices de paix », appelées à devenir nos tribunaux d'instance, étaient compétentes en matière de pension alimentaires et de contribution aux charges du mariage. Enfin, le « juge de paix » se prononçait sur la gestion des biens du mineur en sa qualité de « président du conseil de famille »[15]. L'histoire du tribunal de grande instance explique pourquoi il est considéré comme étant la juridiction civile la plus noble. Il détient la compétence de droit commun, compétence par défaut, lui permettant d'intervenir lorsque les autres juridictions d'exception ne détiennent pas d'attribution et des compétences exclusives, notamment en droit immobilier et quant à l'état des personnes et de la famille[16]. Statuant en formation collégiale composée de trois magistrats, il peut également statuer à juge unique, se transformant en juridiction spécialisée intervenant dans des procédures variées comme le juge de la mise en état, le juge de l'exécution, le juge des enfants ou bien encore le juge aux affaires familiales. Ces spécificités permettent d'examiner des affaires en chambre du conseil, dans lesquels les débats ont lieu hors de toute publicité, afin de préserver l'intimité de la vie privée, c'est le cas notamment en matière de divorce ou de filiation. Ce découpage en juridictions spécifiques du tribunal de grande instance, n'empêche pas le juge, dans le

[15] V. MASSIP, « *Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993* », Gaz. Pal., 19-21 septembre 1993, pp.2-34, spéc. n°44

[16] J.-J TAISNE, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2010, 12ème édition, p.22 ; F. LASSERRE- JEANNIN, *Institutions juridictionnelles et procès*, FOUCHER, 2007, p.102

cadre d'un litige de faire appel à des règlements amiables de différends, tel la médiation familiale en matière de contentieux familial, utilisée lorsque le conflit à traiter concerne un désaccord sur le montant de la pension alimentaire, la garde de l'enfant ou encore le partage de biens.

Pour autant, le système judiciaire français n'a pas instauré une juridiction spécialisée, autonome pour les affaires de famille.

Un parallèle peut être fait avec la justice commerciale, rendue par le tribunal de commerce, chargé de trancher de manière générale, les litiges entre commerçants, ou entre commerçants et sociétés commerciales, ainsi que les litiges qui portent sur les actes de commerce[17]. L'existence de cette juridiction considérée comme la plus ancienne, permet de dire qu'il existe un « juge du commerce », confié à une profession ayant pour mission de juger ses propres conflits, et doté d'une proximité parfois problématique. Le tribunal est composé de juges non professionnels, appelés juges consulaires. Ce sont des commerçants bénévoles élus par un collège formé, d'une part, des délégués consulaires élus dans le ressort du tribunal de commerce, d'autre part, des juges du tribunal de commerce et des anciens membres de ce tribunal. Ainsi, il est doté d'un président, d'un vice-président et d'un nombre variable de présidents de chambre et de juges consulaires. Ce tribunal est une juridiction d'exception exclusivement compétente pour juger les litiges que le législateur lui a attribués. Malgré le fait que le tribunal de commerce soit la juridiction spécifique des commerçants, il est possible que certains d'entre eux souhaitent confier leur conflit à l'arbitrage. Cette procédure particulière permet de décider d'un commun accord dans une convention d'arbitrage du devenir de leur différend soit par une clause compromissoire précisant qu'avant la naissance de tout conflit les opposant, leur litige éventuel serait traité par des arbitres, soit par un compromis, convention par laquelle, les parties spécifient qu'après la naissance d'un conflit entre elles, ce dernier fait l'objet de l'arbitrage. Le tribunal arbitral est alors composé d'arbitres tirant leur aptitude à juger d'avoir été choisis par les parties. Cette liberté de choix du juge, de façon personnelle et individuelle, n'a été envisagée en matière familiale, comme on le verra, que pendant une courte période historique. Il serait surprenant de remettre à des divorcés la tache de juger d'autres divorcés…

[17] Article L 721-3 C.com

Un second parallèle peut également être fait avec la justice du travail, confié spécialement au Conseil de prud'hommes chargé de régler les litiges individuels survenant entre salariés ou apprentis et employeurs à l'occasion d'un contrat de travail ou d'apprentissage. Lorsqu'il est saisi d'une affaire, le conseil de prud'hommes tente obligatoirement de concilier les parties. Dans cette phase, c'est le bureau de conciliation qui intervient, composé d'un conseiller employeur et d'un conseiller salarié. En cas d'échec, c'est le bureau de jugement qui prend la relève afin d'arbitrer et de trancher les litiges relatifs aux licenciements et rupture d'un contrat de travail, alors formé de deux conseillers employeurs et de deux conseillers salariés, jugeant à la majorité absolue. Dans l'hypothèse où aucune décision se dégage lors de l'analyse du conflit, l'affaire est renvoyée en départage devant les mêmes conseillers auxquels s'ajoute un magistrat du tribunal d'instance.

Il s'agit d'une juridiction spécialisée composée de juges non juristes, mais avec une caractéristique essentielle, qui est sa parité, reflet du monde du travail, employeur d'un coté et salarié de l'autre, et donc image du milieu social des différends qu'elle traite. En rapprochant cette juridiction dans sa composition au contentieux du divorce, la parité dans un tel conflit demanderait alors la présence d'un homme et d'une femme.

Ces deux comparaisons révèlent certaines similitudes avec l'organisation judiciaire de la justice familiale, qui permettent un rapprochement avec la magistrature économique[18]. Avant tout, l'ensemble de ces contentieux font partie du droit privé, que le législateur a réparti en fonction de leur spécificité et confié à divers juridictions spécialisées. Par principe, le monopole du juge subsiste, même s'il intervient dans la dernière phase d'examen du litige, comme c'est le cas pour la justice du travail dans le cadre d'une affaire complexe, dans laquelle l'intervention d'un magistrat du tribunal d'instance est nécessaire pour parvenir à donner une solution au litige à trancher. Ce monopole du magistrat peut tout autant être écarté par la volonté des parties, comme le démontre les litiges pouvant survenir en matière de justice commerciale, dans laquelle les parties peuvent préférer confier leur différend à un tribunal arbitral. Quant à la justice familiale, on retrouve cette similitude mais d'une façon différente, lorsque le juge propose ou enjoint les parties de résoudre leur conflit par une

[18] M.-C RIVIER, « *Le procès judiciaire* », RIDE 1997, p.1

médiation familiale, processus où le juge fait son retour au moment d'homologuer l'accord des parties, ou lorsque ces dernières ne sont pas parvenues à une solution.

Les paramètres procéduraux particularisant ces magistratures économiques se retrouvent aussi en matière d'assistance éducative, relative à la protection des mineurs en danger, ainsi que dans le fonctionnement des tutelles pour la protection des incapables. Devant le juge des tutelles ou le juge des enfants, le phénomène n'est pas guidé par des impératifs économiques, mais par les exigences d'un ordre public dont la mission est d'assurer la protection d'un individu faible ou en danger. Pour le juge aux affaires familiales protecteur, le protecteur des faibles en matière civile est le parquet, qui peut intervenir dans les affaires d'adoption qui lui sont communiquées, mais aussi des domaines précis relatifs aux incapables[19].

On prend conscience ici que le modèle de la famille de 1804 a été totalement modifié à partir des années 1960. Selon Monsieur Pierre Catala, cette métamorphose est due par la mise en place de statuts ouverts au contrat et par la création « des juges arbitres de la famille »[20]. Pour lui, cette « invasion de l'autorité judiciaire dans les rapports familiaux est un autre aspect majeur de la métamorphose survenue en droit de la famille[21] » L'immixtion de la médiation familiale dans notre système judiciaire, du pacte civil de solidarité, dernièrement de l'acte d'avocat, de la procédure participative de négociation assistée par avocat et la possibilité pour les parties en cours de divorce de pouvoir contractualiser le fonctionnement de leur famille séparée encourage le mouvement de contractualisation du droit de la famille[22]. Cedit mouvement laisse toujours au juge un droit de regard sur l'équilibre de ces conventions, afin de vérifier qu'elles aient consenties librement, et qu'elles respectent l'intérêt de chacune d'elles.

[19] ibid

[20] P. CATALA, « *La métamorphose du droit de la famille* », in Le Code civil, son passé, son présent son avenir, Dalloz éd., 2004, p. 341

[21] P. CATALA, « *La métamorphose du droit de la famille* », in Le Code civil, son passé, son présent, son avenir, Dalloz éd., 2004, p. 350

[22] J. NORMAND, « *Droit judiciaire de la famille et contrat* », in La contractualisation de la famille, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, éd Economica, 2001, p. 211.

Cependant, leur secteur d'intervention est complètement différent. Tout le monde n'est pas commerçant, salarié ou employeur, mais tout le monde peut être concerné par ces litiges familiaux. Ces juridictions ne peuvent pas être bâties sur le même modèle, car leur spécificité vient de leur public, des personnes et du milieu qu'elles traitent. Le droit de la famille est le droit de tout le monde, il est indifférencié.

Le retour à cette justice familiale laisse apparaitre l'importance du contentieux à traiter, et invite à distinguer deux sortes de différends : celui qui concerne la famille, susceptible d'avoir des répercussions sur les liens familiaux et tranché par la mise en œuvre de règles qui, en fonction de branches différentes, ont un lien avec le droit de la famille. Ce peut être le cas, lorsqu'un entrepreneur individuel dont le patrimoine familial se trouve engagé dans la création de son entreprise, fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Il en va de même pour les procédures de surendettement, pouvant souvent conduire à la saisie immobilière du logement familial. Enfin, il est également possible de faire mention du droit social, lorsqu'un époux licencié voit sa situation patrimoniale diminuée, entrainant des répercussions sur les pensions alimentaires, les prestations compensatoires, nécessitant un nouveau calcul de leur montant. Ces quelques exemples démontrent que tous les domaines du droit peuvent être liés à la vie de la famille. Puis on trouve les différends concernant les membres d'une même famille. Ici, il s'agit des conflits relevant directement du droit de la famille, tel que le droit des successions, le droit des personnes, le droit patrimonial et le droit de la famille. Ce contentieux spécifique fait l'objet d'une rubrique « contentieux familial », tenue dans le Recueil Dalloz, par le professeur Mélina Douchy-Oudot, dans laquelle elle identifie, les contentieux de la famille, des personnes et des successions, et laisse apparaitre dans le plan de sa chronique les délégations attribuées dernièrement au juge aux affaires familiales.

La première ne pouvait être retenue étant trop large et ingérable dans une étude, c'est cette seconde acception qui sera privilégiée ici.

Comme l'explique le Doyen Jean Carbonnier[23], la réforme du XVIIIème siècle du droit de la famille était menée par la passion des philosophes désirant unifier, codifier et créer un droit immuable fondé sur la nature et la raison, tandis que celle commençant beaucoup plus tard sous la Vème République se satisfait d'une diversité de sources, d'un droit complexe et pluraliste, invitant au changement. Les années 60/70 ont connu de profonds bouleversements de mœurs, dont l'origine provenait de pays nordiques comme la Suède, l'Allemagne ou bien encore le Royaume-Uni, nations de religion protestante. La France, de religion catholique et pourvue d'une laïcisation fragile, pouvait se trouver choquée et inadaptée face à cette effervescence de mouvement de libéralisation. Il fallut patienter pour que les idées protestantes fassent leur chemin dans une société catholique. Le doyen Carbonnier écrira sur ce point que le protestantisme ayant une situation minoritaire en France, ce dernier était contraint à une alliance objective avec le mariage civil et par conséquent d'adopter un comportement défensif contre la cohabitation[24]. Il s'exprimera à nouveau en 1985 sur l'augmentation de la cohabitation révélant une certaine hostilité de la part des français vis-à-vis du mariage. Cette contestation du mariage s'explique par la recrudescence de liberté humaine éprouvant des réticences à s'engager pour la vie par un seul acte, et aussi par la disparition de la pratique des fiançailles[25].

Le droit de la filiation connait également un profond remaniement établissant l'égalité devant l'héritage à presque tous les enfants, grâce à la loi du 3 janvier 1972, qui retire par la même occasion l'irrésistibilité à la présomption de paternité. L'enfant naturel bénéficie de la possession d'état, l'enfant adultérin bénéficie d'une plus grande liberté de la femme, puisqu'il lui est possible de contester la paternité du premier mari, et de démontrer la paternité du second, tout comme elle peut solliciter la légitimation de l'enfant adultérin, lui permettant d'accéder à l'héritage.

Lié aux controverses religieuses et politiques, l'institution du divorce est la suite de la réforme du droit de la famille. La France se trouvant toujours sous l'empire de la loi Naquet de 1884, une réforme est débutée lors de la présidence Pompidou. En 1967, 37 194 divorces ont été prononcés. Ces chiffres démontrent une augmentation colossale du nombre de divorces, et ce

[23] J. CARBONNIER, « *Droit et passion du droit sous la Vème République* », FLAMMARION, 2006, p.11
[24] J. CARBONNIER, « *Vertu du mariage* », Ecrits, P.U.F, 2008, p.239
[25] J. CARBONNIER, « *Pas de droit si l'on refuse le droit* », Ecrits, P.U.F, 2008, p.249 ; J. CARBONNIER, Droit et passion du droit sous la Vème République », FLAMMARION, 2006, p.207

depuis la réforme de 1884[26]. Des enquêtes précises sont effectuées en matière de droit comparé et de sociologie afin de justifier la nécessaire réforme des procédures de divorce. En France, la traduction de cet accroissement du divorce s'explique par l'urbanisation, conséquence de la politique de Pompidou, et l'abandon de nombreux catholiques des interdits de l'Eglise. Ainsi, la mission de la réforme du divorce était avant tout de le libéraliser et de le dédramatiser. Il faut rappeler que le divorce de la loi Naquet était fondé sur la faute. La procédure était dure et choquante soit par les affrontements qu'elle imposait, soit par le spectacle des « divorces accord », le divorce par consentement mutuel n'existait pas. Les époux s'entendant pour divorcer étaient conduits à inventer des prétextes devant le tribunal afin de justifier qu'ils s'étaient réciproquement rendus coupables d'injures graves. De plus, suite au jugement, il était courant que les souffrances morales persistent pour la femme, lorsque cette dernière voyait le contentieux se prolonger afin d'obtenir le paiement de la pension alimentaire.

Mais le divorce devait garder son caractère judiciaire, alors que la proposition avait été suggérée pour les couples sans enfants mineurs de bénéficier d'un divorce par déclaration conjointe à la mairie, permettant de dédramatiser au maximum le divorce et par la même de désengorger les tribunaux. Cette hypothèse est abandonnée suite à la déception suscitée par les tentatives de conciliation mises en place. Quant au divorce pour faute maintenu, la faute conjugale met en évidence les devoirs qu'elle violait, apportant une consécration au mariage, et surtout permettant à l'époux bafoué d'avoir un droit indéniable à obtenir réparation. Le divorce pour consentement mutuel refait son apparition, ce dernier ayant été écarté par la loi Naquet, et met en avant la responsabilité et la volonté comme principes du divorce. Pour ceux qui considéraient que le mariage est une institution liée par l'unité charnelle des époux, il était difficile d'envisager qu'elle puisse être à la merci de leur consentement. Pour d'autres, ce divorce par consentement mutuel mettait en œuvre un pacte de séparation amiable respectant l'ordre canonique. Néanmoins, le divorce-faillite, appelé également divorce pour cause objective, sur la constatation que la vie commune est devenue intolérable n'est envisagé qu'exceptionnellement, et ce, en raison du fait que l'objectivité de ce genre de divorce n'est qu'illusoire. Enfin la séparation de corps est maintenue, sa suppression ayant heurté les Catholiques.

[26] J. CARBONNIER, « *Statistique du divorce, état des recherches* », Ecrits, P.U.F, 2008, p.280

En définitive, cette réforme du divorce voit le jour le 11 juillet 1975, instituant les cas de divorce précédemment cités. Elle a apporté la libéralisation tant espérée, laissant « un vent de liberté souffler sur le divorce, ses causes et sa procédure[27] »

Comme l'explique le Doyen Jean Carbonnier, il était essentiel d'apporter des réponses concrètes à l'évolution de la société et par la même de la famille, d'où l'ampleur des travaux de réforme réalisée en la matière à partir des années 60[28].

Cet élan de transformation du droit de la famille ne cessa pas pour autant, plusieurs autres lois intervenant dans divers spécialités du droit de la famille, ont suivi les changements de mœurs.

Tel est le cas, en matière d'autorité parentale, qui suite à la loi de 1975, laissait les mères bénéficier de la résidence principale, les pères ne le contestant pas. Mais au moment de l'adolescence de l'enfant, ces derniers, souhaitaient pouvoir exercer leurs droits plus largement. Ce souhait fut entendu par le législateur par les réformes de l'autorité parentale du 22 juillet 1987, du 8 janvier 1993 et enfin celle du 4 mars 2002, notre droit en la matière ne parlant plus de garde de l'enfant, mais de résidence alternée ou partagée de l'enfant. Le droit de la filiation a suivi le mouvement par l'ordonnance du 4 juillet 2005, qui ne fait plus de distinction entre enfant légitime, naturel et adultérin, tout comme la tutelle qui a subi aussi de nombreux changements vis-à-vis de son traitement par le juge des tutelles, et la liquidation des régimes matrimoniaux.

C'est ici, qu'il nous faut revenir aux procédurales familiales, qui ont aussi subi de profonds changements depuis les années 60. Comme évoqué précédemment, le tribunal de grande instance, juridiction de droit commun, notamment chargé du droit des personnes et de la famille, s'est trouvée face à de grandes contraintes vis-à-vis d'un contentieux en perpétuelle augmentation. Afin de le désengorger, des juridictions spécifiques ont été créées afin de

[27] J. CARBONNIER, « *Droit et passion du droit sous la Vème République* », FLAMMARION, 2006, p.227

[28] J. CARBONNIER, « *A chacun sa famille, à chacun son droit* », Essai sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, 1995 (2ème édition), p.181

mieux gérer la masse du contentieux. Pour le professeur Van Compernolle, l'intervention du juge dans les rapports familiaux, et plus précisément dans le conflit familial est l'un des phénomènes majeurs caractérisant les métamorphoses du droit judiciaire contemporain, démontrant des interventions législatives importantes[29] .La création de juges spécifiques n'est pas nouvelle, puisque le juge des enfants existait depuis 1945, magistrat du tribunal de grande instance, compétent à l'égard des enfants mineurs concernant les infractions commises par ces derniers et l'assistance éducative. L'apparition du juge des tutelles suivit par la loi de 1964 lors de la réforme des tutelles, le désignant pour le traitement de ce contentieux. Le juge aux affaires matrimoniales, autre juridiction spécifique, a lui aussi vu le jour avec la réforme du divorce du 11 juillet 1975, qui est, remplacé par la loi du 8 janvier 1993 par le juge aux affaires familiales, profitant de compétences beaucoup plus larges que son prédécesseur.

Ce juge aux affaires familiales ne cesse de voir ses attributions augmentées, surtout depuis ce début de XXIème siècle. En effet, toujours dans l'objectif de désengorger les tribunaux, le Recteur Guinchard s'est vu confier la lourde tache de réfléchir sur les difficultés de notre système judiciaire à répondre aux besoins du justiciable et d'apporter des solutions pour tenter de remédier à ces disfonctionnements.

Cette réflexion sur les procédures familiales s'est inspirée des systèmes judiciaires de nos voisins européens, américains et canadiens, afin d'analyser quels étaient les procédés utilisés dans ce domaine.

Deux pays, un de droit romain et un de common law feront ici l'objet d'une comparaison avec le système français, et plus particulièrement leurs juridictions ordinaires.

En Italie[30], il appartient spécifiquement au juge civil de garantir la protection juridictionnelle des droits des particuliers et de se prononcer sur leurs initiatives. Ainsi, le juge civil a pour mission de déterminer le bien-fondé des demandes dont il est saisi. Les juridictions civiles italiennes sont le juge de paix et le tribunal, ayant chacun leurs propres attributions. Le juge de paix est une juridiction siégeant à juge unique créé par la loi n°374 du 21 novembre 1991,

[29] J. VAN COMPERNOLLE, « *La justice familiale et les principes fondamentaux du droit judiciaire* », Familles et Justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, éditions BRUYLANT, LGDJ 1997, p.384

[30] P. RICHARD, *Introduction au droit italien : institutions juridictionnelles et droit procédural*, Edition l'Harmattan, 2004, p.52-60

texte qui rentrera réellement en vigueur le 1er mai 1995. Les juges de paix sont nommés pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois, et sont soumis à des devoirs identiques à ceux des magistrats professionnels, dont l'obligation de s'astreindre à résoudre en toute indépendance les litiges conformément aux dispositions prévues dans le Code de procédure civile.

Le juge de paix juge en équité s'agissant des litiges dont la valeur n'excède pas 1000 euros. En outre, l'article 320 du Code de procédure civile précise qu'il tente les conciliations au regard des litiges qui lui sont soumis, et a d'office une fonction de conciliation entre les parties intéressées qui lui en font la demande, et ceci, sans aucune limite de valeur pour toutes les matières qui ne sont pas attribuées à la compétence exclusive d'une autre juge comme le litige du travail ou bien encore le litige matrimonial. Du moment que le juge de paix intervient au titre de juge de proximité, il est en principe compétent au regard des litiges relatifs à la vie quotidienne et à l'égard des relations communes entre particuliers. Dans son ressort territorial, il exerce la juridiction civile et règle les litiges conformément à une compétence par matière ou par valeur. Le tribunal, juge unique, détient des compétences en matière civile, et exerce la juridiction de premier degré en matière civile. De plus, il est juridiction d'appel contre les jugements prononcés par le juge de paix en matière civile sauf dans l'hypothèse où ceux-ci ont été rendus en équité. Il exerce également les fonctions de juge des tutelles, et fait office de juge instructeur ou de juge de l'exécution dans les matières non expressément attribuées à un autre juge. Enfin, s'agissant des mesures personnelles et patrimoniales, le tribunal juge toujours en formation collégiale. Il existe également les tribunaux pour mineurs instaurés près des Cours d'appel. Cette juridiction est dotée de compétences civiles[31], administratives et pénales. La loi du 4 mai 1983 lui accorde des compétences civiles en matière d'adoption ou de déclaration de parenté ou de maternité. Il est aussi compétent pour l'autorisation des mariages des mineurs ainsi que pour certains actes qui découlent de ce mariage. Sa compétence connait une croissance importante depuis les réformes du droit de la famille, correspondant à une évolution du rôle de l'enfant au sein de la famille et de la société italienne. Le tribunal est ainsi chargé du traitement du contentieux familial. Quant aux juridictions pénales pour mineurs, cette institution repose sur le principe de la répression et sur la prise en compte effective d'une nécessaire prévention. Elles

[31] Article 32 du Rdl n°1404

concernent le tribunal pour mineurs, le tribunal d'appel pour mineurs ainsi que la juridiction de surveillance pour les mineurs.

Dans la lignée des autres pays européens, l'Italie est également sujette à une augmentation importante de crises familiales. Selon les chiffres de l'Institut National des Statistiques pour l'année 2005, l'Italie a connu 82 291 séparations soit 5,6 % pour 1 000 mariages, et 47 036 divorces soit 3,2 % pour 1 000, avec une augmentation par rapport à l'année 1995 de 57,3 % sur le total des séparations et de 74 % sur les divorces[32]. Aujourd'hui, la première personne que les italiens consultent au moment de la séparation est l'avocat, témoin d'un besoin de justice encore très présent dans ce pays. En effet, beaucoup de parents résistent à tenter de trouver un accord dans le cadre de la gestion des enfants, même si la plupart des couples adoptent le divorce par consentement mutuel. Pour aider ces familles en conflit, l'Italie les encourage à la pratique de la médiation familiale depuis la fin des années 80, processus qui reste très peu utilisée. Cette pratique est évoquée dans plusieurs normes à partir de la fin des années 1990. Mais depuis la loi n°54/2006 du 8 février 2006 relative aux nouvelles normes en matière de séparation des parents et garde partagée des enfants[33], le législateur italien fait expressément référence au recours à un tiers formé, le médiateur, qui intervient lorsque le couple parental est favorable à la rédaction d'un projet éducatif commun dans le respect de l'intérêt de l'enfant[34].

[32] C. MARZOTTO, « *L'aide à la famille dans ses transitions critiques : l'évolution de la pratique de la médiation familiale en Italie* », L'évolution du concept de la famille en Europe, depuis trente ans : Etude pluridisciplinaire, édition BRULAND, 2009, p.125

[33] Article 155-sexies du code civil italien, alinéa 2 : « *si le juge l'estime nécessaire, il peut reporter l'adoption des mesures dont il est question dans l'article 155 après avoir entendu les déclarations des deux parties et avec leur accord. Cette décision a pour but de permettre aux époux de se faire assister par des experts pour mener à bien une tentative de médiation afin de parvenir à un accord concernant notamment la protection des intérêts moraux et matériels des enfants.* »

[34] Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne révisée du 04 novembre 2010, 10ème rapport national sur l'application de la Charte sociale européenne révisée, soumis par le gouvernement de l'Italie (Articles 7, 8, 16, 17, 19, 27 et 31) pour la période du 01/01/2005 au 31/12/2009, Rapport enregistré au Secrétariat le 29 octobre 2010, Cycle 2011, p.34 ; http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/reporting/statereports/Italy10_en.pdf

En droit anglais, il existe divers juridictions civiles[35]. La première concerne les « Magistrates Courts ». Elles sont principalement compétentes pour les affaires criminelles, mais connaissent toutefois, d'un nombre limité d'affaires civiles d'importance secondaire, et notamment du droit de la famille comme des litiges « dispute » d'ordre familial ou matrimonial « domestic cases », de séparations et pensions « separation and maintenance », de filiation « affiliation », de tutelles « guardianship of infants », d'adoption « adoption ». Elles sont alors constituées en Family Proceedings Courts[36]. Les décisions des Magistrates Courts sont susceptibles d'appel devant la chambre de la famille de la Haute Cour de Justice « The Family Division of the High Court of Justice »

Les autres juridictions civiles sont les « County Courts » ou tribunaux de comté, qui sont des juridictions de première instance qui statuent exclusivement sur des affaires civiles. Environ 170 County Courts sont désignées comme Divorce County Courts et connaissent des divorces non contentieux « undefended divorces » et des problèmes d'adoption et de tutelle « adoption and guardianship ». Depuis les dernières réformes de procédure civile, dont la Civil Procedure Act 1997, et la Civil Procedure Rules 1999 en application du Access to Justice Act 1999, ces tribunaux statuent en matière de successions contentieuses « litigious probate matters », de divorces non contentieux « undefended divorces » et les problèmes afférents « related problems » de pension « maintenance » et de garde « custody » et également depuis la loi de 1984 sur les procédures relatives aux affaires matrimoniales et familiales « the Matrimonial and Family Proceedings Act 1984.

La Haute Cour de Justice « High Court of Justice » est la juridiction instituée par les lois de 1873et 1875. Afin d'éviter au justiciable de province de se déplacer, il est prévu que cette juridiction puisse se tenir n'importe où en Angleterre et au pays de Galles. Elle composée de trois chambres, dont la Chambre du banc de la Reine « the Queen's Bench Division », la Chambre de la Chancellerie « the Chancery Division » et la Chambre de la famille « the Family Divion », qui retiendra ici notre attention. Autrefois nommée la Chambre des successions, des divorces et de l'amirauté « formely the Probate, Divorce and Admiralty Division », elle a été rebaptisée Chambre de la famille « Family Division » par l'article 1 de

[35] D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Edition ELLIPSE, 2005, (3ème édition), p.102-112

[36] Section 49 Courts Act 2003

la loi de 1970 relative à l'administration de la justice « Adminsitration of Justice Act 1970 », et est présidée par le « President of the family Division ».

Elle est compétente pour les affaires matrimoniales, mais aussi pour les affaires ayant un lien avec la famille. Depuis la loi de 1981 sur le Cour suprême de judicature « The Supreme Court Act 1981 », sa compétence s'étend à tous les problèmes matrimoniaux, qu'il s'agissent d'action en première ou en deuxième instance, pour lesquels elle pourra accorder des jugements de divorce « decrees of divorce », des annulations de mariage « decrees of nullity », ou encore des jugement de séparation légale « decrees of juducial separation ». Elle connait aussi des affaires ayant un lien à la légitimité d'un enfant, à la garde, la tutelle ou à l'entretien d'enfants mineurs y compris les problèmes de droit de visite « right of access », la filiation ou l'adoption. Enfin elle est compétente pour les successions non contentieuses « non-litigious probate matters » et pour les dérogations afin d'autoriser à un mineur de se marier « applications for consent to the mariage of a minor ».

Cette juridiction peut connaitre de certains appels contre les décisions des Magistrate Courts ou des County Courts comme vu précédemment.

Toutefois, le système anglais a mis en place une approche collaboratrice entre les diverses professions impliquées dans l'organisation de la justice de la famille en Angleterre et au Pays de Galles, telles que les pédiatres, les experts de la santé mentale, les travailleurs sociaux, la police, les professionnels de l'éducation ou bien encore les médiateurs, et ce, afin d'éviter un risque de conflit d'intérêt de ces groupes de professionnels dans l'hypothèse où ils viendraient à s'organiser séparément, et des interactions limitées les uns avec les autres[37].

L'interdisciplinarité pose les bases du développement du système judiciaire familial anglais. En effet, suite à divers échecs d'enquêtes relatives à des abus sexuels chez l'enfant, ces derniers révèlent la diversité des services publics impliqués dans la protection de l'enfance et le besoin pour ces services de travailler en collaboration afin d'empêcher des échecs futurs.

De nombreuses études concernant l'intervention de diverses professions en matière de droit de la famille ont permises d'identifier trois domaines de préoccupation dont la collaboration

[37] THE RT. HON. LORD JUSTICE THORPE, C. KUMAR, « *L'influence du développement de l'interdisciplinarité sur le droit de la famille en Angleterre et au Pays de Galles* », L'évolution du concept de famille en Europe depuis trente ans : Etude pluridisciplinaire, dir. P. BOUCAUD, édition BRUYLANT, 2009, p.59

interdisciplinaire entre les professionnels, la connaissance de base dans le domaine du fonctionnement et du disfonctionnement de la famille sur un plan légal, psychosocial et médical, et l'assistance aux professionnels impliqués d'un point de vue personnels et professionnels dans des actions de justice familiale émotionnellement éprouvantes.

Ces études concluent à la création d'une autorité supérieure de coordination pour organiser une collaboration entre les parties prenantes. La première étape est la mise en place d'un Comité Interdisciplinaire du Président (President's Interdisciplinary Comittee) réunit pour la première fois en avril 1996. Son rôle n'était pas restreint à la publication de rapports ou à l'organisation des conférences, puisqu'il était notamment chargé de promouvoir l'échance interdisciplinaire. Il est remplacé en 2004 par le « Family Justice Council » corps statutaire non départementale, créé par le gouvernement.

Aujourd'hui, le Family Justice Council est le garant essentiel de la pratique interdisciplinaire et de la médiation, au sein du système de la justice familiale. Son rôle, tel qu'il est prévu par le Rapport annuel des comptes (Annual Report of Account) de 2005-2006 et de 2006-2007 est de « promouvoir une approche interdisciplinaire de la justice familiale, et à travers les rencontres et la recherche, de déterminer l'effectivité du système, aussi bien en tant qu'entité qu'à travers ses différentes composantes, sans son rôle de service auprès de la personne et du gouvernement et, enfin, de proposer d'éventuelles réformes nécessaires à l'amélioration du système. » Représentant des parties impliquées dans la justice familiale, son objectif est d'améliorer la coopération entre les différents professionnels et de favoriser une meilleure compréhension entre les professionnels et les utilisateurs des tribunaux de famille. Ainsi, il doit faciliter l'apport de meilleures solutions pour les familles et les enfants qui utilisent le système de la justice familiale, et ce, en encourageant un travail interdisciplinaire amélioré au sein du système de la justice familiale qui ajoute le débat, la communication et la coordination entre les agences, en distinguant et dispersant une meilleure pratique au sein du système de la justice familiale, en favorisant l'échange d'informations entres les comités locaux et le Conseil, y compris l'information sur les initiatives locales. En outre, il se concerte avec les départements gouvernementaux sur les législations en cours et les priorités à suivre, travaille dans le but de parvenir à des améliorations en accords avec les politiques gouvernementales actuelles et les priorités assignées, tout en assurant la meilleure qualité des ressources disponibles. Il offre également un suivi et des objectifs afin de garantir la cohérence de la pratique à l'intérieur du système de la justice familiale et en soumettant des propositions pour une meilleure pratique lorsque c'est nécessaire. Il encourage l'engagement à des principes

législatifs et des objectifs dans le système de la justice familiale grâce à la distribution de conseils et la promotion du débat entre les agences, y compris les séminaires et les conférences. Il doit aussi soutenir l'effectivité du système de la justice familiale par l'identification de ses priorités en matière de recherche et en matière d'incitation à la conduite d'action de recherche. Enfin, il apporte des conseils et fait des recommandations au gouvernement sur les changements à apporter à la législation, à la pratique et à la procédure à observer dans le but de perfectionner le travail du système de la justice familiale.

En 2005, le « Family Justice Council » décide d'être plus proche des justiciables en créant les Local Family Justice Council[38]. Ils agissent dans la perspective du conseil national, de préférence basés dans les 42 corps administratifs, responsables des tribunaux, des magistratures et de comtés du Service du Tribunal de sa Majesté d'Angleterre et du Pays de Galles (Her Majesty's Court Service England and Wales). Leur fonction est de favoriser l'effectivité du travail interdisciplinaire entrepris par les professionnels impliqués dans le système de la justice familiale à un niveau local. Ainsi, ils sont chargés de souligner et d'adresser les questions locales sur l'amélioration du système de justice, y compris en organisant des formations, de répondre à des questions soulevées par le Family Justice Council national en avertissant des éventuels problèmes locaux et en mettant en évidence toute initiative locale créer pour répondre à des difficultés, et de réaliser un échange réciproque d'information et de réflexions entre les conseils locaux et le Family Justice Council.

Le système de la justice de la famille en Angleterre et au Pays de Galles est un réseau d'organisations incluant les tribunaux de famille, les professionnels de justice et les professionnels légaux, mais aussi les Children and Family Court Advisory and Support Service, le Child Support Agency et les professionnels de la médecine, les travailleurs sociaux et les thérapeutes. Le tribunal reste au cœur, tout en étant accompagné par des systèmes de support rassemblant en une alliance complexe de nombreuses professions.

[38] Ibid

L'analyse des systèmes judiciaires de ces pays en matière de procédures familiales, démontre que chaque pays détient sa propre justice de la famille.

Le modèle italien distingue sa propre juridiction de la famille, avec le « tribunal » chargé des contentieux familiaux. Cette juridiction a connu dernièrement une augmentation de ses attributions dans ce domaine, suite aux dernières réformes intervenues en la matière. La pratique de la médiation familiale connait les mêmes difficultés que la France, et a fait l'objet d'une loi en date du 08 février 2006 pour restreindre les réticences à son égard. Toutefois, elle vient de faire l'objet de réformes récentes venues enrichir notre droit de la famille dans ce domaine.

C'est le cas du décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends pris en application de l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011[39], transposant la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Ce texte instaure un certain nombre de règles communes parmi lesquelles, l'exigence d'impartialité et de compétence du médiateur, la confidentialité de la médiation, la possibilité pour les juridictions de rendre exécutoires les accords issus des médiations.

La loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles[40], prévoit l'expérimentation de la médiation familiale jusqu'au 31 décembre 2014. Il s'agit d'imposer à titre probatoire dans des juridictions qui seront désignées pas arrêté du Ministre de la Justice la médiation dans les instances modificatives de l'exercice de l'autorité parentale, ou de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Ce texte impose aux parents de se rendre préalablement chez le médiateur familial, sous peine de voir leur demande en justice déclarée irrecevable.

Cette loi fait suite à une expérimentation menée au Tribunal de Grande Instance de Bobigny, qui semble avoir donné des résultats positifs puisque dans la moitié des cas la médiation a permis d'aboutir à un accord partiel ou total des parents.

[39] « *Résolution amiable des litiges* », Procédure civile, Sommaire, JCP E n°5, 2 février 2012, act.77

[40] N. FRICERO, « Entretien », RJPF Décembre 2011, p.6 ; C. BLERY, « Répartition des contentieux et allègement de certaines procédures juridictionnelles – Aspects civils de la loi du 13 décembre 2011 », JCP G 2011, 1465 ; L. MAUGER-VIELPAU, « Aspects familiaux de la loi du 13 décembre 2011 », JCP G n°5, 30 janvier 2012, 90 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Aménagement des règles procédurales », Procédures n°2, Février 2012, comm. 43

Le législateur entend ainsi enfin imposer aux parents une tentative de médiation familiale, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle puisque l'article 373-2-10 du Code civil lui permet seulement en cas de désaccord des parents de leur proposer une mesure de médiation ou leur enjoindre de rencontrer un médiateur chargé de les informer sur l'objet et le déroulement de la mesure.

Cependant, ce texte prévoit qu'un rapport sera adressé au Parlement, six mois avant le terme de l'expérimentation pour décider de son adaptation, de son abandon ou de sa généralisation

Quant au modèle anglais, deux juridictions de première instance connaissaient des procédures familiales pour faciliter le traitement des petites affaires, pour les centrer dans une chambre de la famille de la Haute Cour de justice, juridiction à deux niveaux, destinée à ce contentieux. Ce contentieux a connu une restructuration progressive du système de la justice familiale en Angleterre et au Pays de Galles, pour offrir au justiciable un système distinct avec ses propres conseils interdisciplinaires. Le système français ne se dirigerait-il pas dans cette voie avec la création du « Réseau famille » ?

Finalement l'Italie et l'Angleterre connaissent aussi une augmentation importante du contentieux familial, engorgeant les tribunaux, tout comme la France, et cherchent la solution la plus appropriée afin de répondre aux besoins des justiciables.

C'est la situation que connait la justice familiale française faisant actuellement l'objet de réformes profondes dans l'objectif de créer ce pole de la famille issu du rapport Guinchard. Ces changements font suite à la réforme de la carte judiciaire de 2007, supprimant un certain nombre de tribunaux d'instance et de tribunaux de grande instance. Cette réforme était indispensable afin de permettre à notre système juridique d'exister. En effet, le budget de la justice française ne fait pas partie des favoris de notre législateur, la justice est alors contrainte de faire des sacrifices afin d'assurer son fonctionnement. Son budget fait l'objet d'une nette croissance depuis ces deux dernières années[41], celui de 2010 s'élevant à 6,84 milliards d'euros, suivi du budget 2011 bénéficiant d'un autre accroissement, pour un total de 7,128 milliards d'euros, soit une augmentation de 4,15 %.

[41] http://www.justice.gouv.fr

L'irrémédiable problème de notre justice est le manque de moyens financiers permettant d'obtenir du personnel supplémentaire afin de traiter le contentieux et des moyens techniques, pour assurer le fonctionnement satisfaisant de notre appareil judiciaire gigantesque. Le rapport Guinchard apporte des réponses au fonctionnement de la justice de la famille, mais nécessite des moyens financiers importants. A-t-on les moyens essentiels pour y parvenir ? Pour le moment, les conditions économiques ne permettent pas d'envisager une réforme qui demanderait beaucoup plus de moyens des finances publiques.

L'examen de la spécificité du traitement des conflits familiaux conduit à s'interroger sur l'existence d'une justice de la famille. L'analyse du droit anglais et du droit italien dans cette introduction démontrent l'importance du droit comparé analysant les expériences tentées dans les pays étrangers et apportant les réponses aux essais que le droit français souhaiterait expérimenter. La réflexion de ce travail s'intéresse à un autre angle, celle de l'histoire du traitement du contentieux familial français, en portant dès lors, moins d'intérêt au droit comparé. L'objectif est de montrer une évolution qui n'a pas débuté avec le juge aux affaires familiales, mais au contraire, bien avant, et ce, dans le but d'effectuer des parallèles avec les réformes actuelles que connaissent nos procédures familiales.

En effet, depuis le XVIIIème siècle, notre législateur est à la recherche de cette justice, qui fait l'objet de diverses expériences. Aucune d'entre elles n'a fourni une réponse convenable face au contentieux familial devenant de plus en plus important au fil des siècles.

Selon le professeur Hauser, jusqu'au XVIIème siècle, le contentieux familial intéresse très peu le pouvoir royal. Il faut parvenir aux frontières de la construction de l'Etat moderne pour que le litige familial devienne un enjeu de pouvoir. L'élaboration du Code civil de 1804 conduit le procès familial à s'immiscer dans le contentieux général, la famille ne pouvant bénéficier de juridictions spécialisées dont politiquement on ne veut plus[42]. Pourtant, la question de l'exercice de la fonction de la justice est imprégnée de politique, puisqu'elle

[42] J. HAUSER, « *Le contentieux familial en France : la forme et le fond* », Familles et Justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, éditions BRUYLANT, LGDJ 1997, p.87

concerne en premier lieu les « affaires de la cité »[43]. Ce raisonnement ne changera pas jusqu'à la seconde guerre mondiale.

L'énigme d'une justice de la familiale appropriée n'est pas nouvelle, le professeur Cadiet s'étant interrogé sur cette question lors de l'écriture d'un article « A la recherche du juge de la famille » en Février 1995. Pour lui, « le juge de la famille n'existe pas : il faut donc l'inventer[44]. » Cette énigme n'est toujours pas résolue et démontre que la quête d'une justice familiale s'avère être un processus sans fin (Partie 1ère). Si le juge semble introuvable, il existe des instruments de procédures spécifiques pour tenter de répondre aux besoins de la matière. C'est sans doute par la procédure que le droit français actuel cherche des outils efficaces : la multiplication des acteurs dans le traitement des conflits familiaux le démontre, tout comme l'adaptation des techniques procédurales. Même si ces éléments procéduraux sont remis en cause, la procédure reste importante en droit de la famille, et ne révèle rien sur le contenu de ce droit de la famille[45]. Apparaissent alors les spécificités procédurales du traitement des ces conflits (2ème Partie)

PARTIE 1 : La quête d'une justice familiale

PARTIE 2 : Les procédures de traitement des affaires familiales

[43] J. COMMAILLE, « *La justice familiale comme problème politique* », Familles et Justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, LGDJ 1997, p.68

[44] L. CADIET, « *A la recherche du juge de la famille* », Familles et Justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, LGDJ 1997, p.235

[45] C. PANIER, « *Le rôle et la coordination des acteurs dans la justice de la familiale contentieuse : entre contrôle juridictionnel et gestion assistée* », Familles et Justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, éditions BRUYLANT, LGDJ 1997, p.361

PARTIE 1 : LA QUETE D'UNE JUSTICE DE LA FAMILLE

Le droit de la famille est une matière particulièrement vaste et en constante évolution. Depuis des siècles, la transformation de notre société a amené le législateur à s'attacher, avec plus ou moins de succès, à l'élaboration de solution de nature à apaiser les conflits.

Ses interrogations sur l'organisation d'une justice de la famille ne cesse de se poser, partagées entre l'idée de la confier à des professionnels du droit, des citoyens proches de la famille en conflit, ou a des membres de la dite famille.

La période du XVII au XXème siècle le démontre, dévoilant un législateur très indécis sur l'attitude à adopter pour offrir au justiciable une justice qui réponde à ses besoins. Le XVème siècle posera les textes précurseurs à l'apparition d'une juridiction spécifique appelée le tribunal de famille composé de juges non-juriste provenant de la famille en conflit, d'amis ou de voisins de celle-ci. Les penseurs révolutionnaires prendront conscience de la mouvance de la société pour lui révéler que son système judiciaire est inapproprié. Les tribunaux de famille prendront une ampleur considérable, évinçant totalement les professionnels du droit des conflits familiaux, en appliquant l'arbitrage et la conciliation. Mais l'instabilité de la matière perdure, laissant les professionnels du droit retrouver leur place au début du XIXème siècle.

Le droit de la filiation est également remanié, la place de l'enfant légitime, naturel et adultérin prenant une toute importance, tout comme le divorce qui sera supprimé puis autorisé à plusieurs reprises, et ce jusqu'au XXème siècle.

La première et la deuxième guerre mondiale fragilisent profondément le système judiciaire. La libéralisation de la femme prouve que la justice de la famille a besoin d'un nouveau souffle. Les professionnels du droit vont alors mettre en place une juridiction prévue par aucun texte législatif et réglementaire nommée la chambre de la famille qui réunit les magistrats compétents en matière de conflits familiaux. Cette expérience donne naissance à la loi n°n°75-617 du 11 juillet 1975 qui met en place un juge spécialisé concentrant la plupart du contentieux familial entre ses mains. En effet, il ne connait pas la totalité de la procédure de

divorce mise en place par ce texte. Cette carence prouve ses limites, amenant le législateur a légiférer à nouveau par la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 qui modifie le code civil relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et qui institue le juge aux affaires familiales, juge unique, spécifiquement chargé du traitement des conflits familiaux. Ce dernier détient des compétences plus étendues que celles du juge aux affaires matrimoniales, mais ne possèdent pas l'intégralité du contentieux. Cette imperfection n'évite pas à ce magistrat d'être complètement dépassé par l'ampleur du contentieux à traiter, obligeant le législateur a inséré de nouvelles techniques faisant appel à des tiers au litige, ainsi qu'à la déjudiciarisation afin de désengorger les tribunaux.

Du XVII au XXème siècle, le législateur ne cesse de trouver des idées dans le but de créer une justice de la familiale adaptée aux changements de société (Chapitre 1), pour parvenir à l'institution d'un juge pour les affaires familiales : le juge aux affaires familiales (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : Du XVII au XXème : les tâtonnements de la justice familiale

L'histoire du droit de la famille démontre les efforts fournis par le législateur à s'adapter aux changements de la société. L'analyse de son évolution dévoile de nombreuses tentatives pour parvenir à trouver une réponse adaptée aux conflits familiaux.

En effet, depuis le XVème siècle, les idées ne cessent d'affluer, tout d'abord en créant une juridiction spécifique à la matière, nommée le « tribunal de famille », où la justice est rendue par des juges non-juristes, appliquant l'arbitrage et la conciliation pour soustraire au maximum ces litiges aux recours judiciaires. A la chute de l'Ancien Régime en 1789, le législateur révolutionnaire va remanier la justice familiale, pour soumettre l'arbitrage et la conciliation à des contraintes de plus en plus fortes. L'impact de la Révolution française sur le droit de la famille est conséquent, influencé par les philosophes de l'époque, qui désacraliseront le mariage. Ces nouvelles pensées amèneront le législateur à introduire le divorce dans notre droit français, et adapteront notre législation aux mouvances des familles. En s'appuyant sur les réflexions des penseurs, les Révolutionnaires réalisent que le droit ne doit pas prévaloir sur les relations humaines, ces dernières étant essentielles au sein du milieu familial, tout comme la loi naturelle qui doit l'emporter sur la loi civile.

La réforme de la justice débute par la loi des 16 et 24 aout 1789, texte qui repense le tribunal de famille, institution inspirée des théories philosophiques. L'arbitrage forcé est mis en place, ne limitant l'appel qu'aux différends ayant fait l'objet de cet arbitrage. Les professionnels du droit sont évincés de ce domaine, considérés comme étant des corps étranger à la famille, laissant la place à des membres familiaux des parties, des voisins ou amis, désignés à cet effet pour rendre une décision à l'affaire à laquelle ils sont confrontés. Cette justice de compromis ne rayonnera qu'un temps, les parties préférant se fier aux professionnels du droit. Ces derniers vont s'engouffrer dans la brèche, pour investir petit à petit les tribunaux de famille, accompagnés d'un arbitrage forcé de plus en plus fort. Cette immixtion des hommes de loi

sera l'une des causes de la perte de ces institutions, comme l'inadaptation de celles-ci face à une société dotée d'un Etat fort, les faisant disparaitre en l'An III, et confiant à nouveau les différends familiaux au système judiciaire.

La question de la justice familiale suivra l'évolution du droit en la matière, modifiant la situation de l'enfant légitime, naturel et adultérin, tout comme le divorce, jusqu'au début des années 60, qui connaitra une profonde instabilité. En effet, il sera restreint, aboli, pour réapparaitre et se voir à nouveau dévalorisé sous le Régime de Vichy, pour enfin trouver la place qu'il attendait au milieu du XXème siècle.

Les évènements historiques de ce siècle, ainsi que la transformation de la société justifient la nécessité d'un nouveau souffle à apporter au droit de la famille. La libéralisation de la femme le démontre, le législateur lui ayant enfin accordé le droit de vote le 21 avril 1944. Elle se poursuit par l'apparition de nouveaux moyens de contraception, comme la pilule, légalisée par la loi n°67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L 648 et L 649 du Code de la santé publique, dite loi Neuvirth, et la dépénalisation de l'avortement, adoptée par la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, publiée au journal officiel le 18 janvier 1975.

Face à la complexité procédurale des conflits familiaux, il est essentiel d'innover pour améliorer le système judiciaire dépassé par l'afflux des affaires à traiter. La justice étant submergée, il est nécessaire de trouver des solutions afin de la désengorger de ce contentieux massif. Delà, la spécialisation d'un juge détenteur de ce domaine est à l'étude. C'est dans ce contexte que les professionnels du droit s'entendent pour mettre au point une juridiction n'ayant fait l'objet d'aucun texte législatif ni réglementaire, regroupant les magistrats pouvant intervenir dans ces litiges. L'expérience des chambres de la famille débute en 1963 au tribunal de grande instance de Bordeaux, et se développe dans les plus grands tribunaux français. Cette innovation des hommes de loi amène le législateur à légiférer par la loi n°75-617 du 11 juillet 1975 en créant le juge aux affaires matrimoniales. Ce texte réforme l'ensemble de la législation du divorce pour la confier à ce magistrat spécialisé, chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs et de concilier les époux. Malgré l'étendue de ses attributions et les divers rôles qu'il doit jouer, ses compétences resteront limitées.

La création des tribunaux de famille met en place une justice de la famille composée de juges non-juristes. Cette composition sera temporaire laissant petit à petit les hommes de loi retrouver leur place en la matière, immixtion qui en plus du contexte de l'époque les évincera du système judiciaire (S 1). Cette fluctuation du droit de la famille de l'époque perdure avec la constante mouvance de la justice familiale, qui dure jusqu'à milieu du XXème siècle (S.2), et assiste à la création d'un juge spécialisé, chargé du traitement de ce contentieux (S3).

SECTION 1 : Une justice familiale rendue par des juges non juristes : l'expérience des Tribunaux de famille

Cette justice de la famille rendue par des juges non-juristes débute par l'apparition des tribunaux de famille (§1), juridiction qui se développera sous la Révolution française (§2).

§1 L'apparition des Tribunaux de famille

Au XVème siècle, les conflits familiaux prennent une nouvelle direction dans leur règlement, par la création d'une institution. Elle est organisée par deux textes fondateurs, confiant ces litiges à un tribunal composé de non-juristes (A). La procédure appliquée au sein de ces juridictions s'est modifiée au cours de l'ancien droit, les parties préférant le plus souvent régler leur différend face à des professionnels du droit. (B).

A Les textes fondateurs de ces institutions

La volonté de rendre obligatoire l'arbitrage entre les membres d'une même famille n'est pas une récente réflexion. Au XVème siècle, les Provençaux avaient déjà demandé au roi de bien vouloir leurs permettre de recourir à des tiers autres que les juges royaux afin de régler leurs différends. Pour les parties, l'équité qui doit garantir l'harmonie des relations de famille l'exigeait. D'ailleurs, le roi avait auparavant admis le principe d'un arbitrage obligatoire dans ce domaine en obligeant ses juges à renvoyer de telles affaires devant des arbitres.[46]

Ainsi, en août 1560, le roi François II et Michel de l'Hospital[47] entendent imposer pour certaines personnes un mode de règlement des litiges qui soit à la fois extrajudiciaire et en même temps un règlement des conflits par des pairs. C'est dans ce contexte que l'Edit de Fontainebleau de 1560 a vu le jour. François II reprend l'idée du XVème siècle mais décide de l'appliquer à tout le royaume. Il décide que les parents de leur côté, quand ils seront en conflit sur des problèmes de succession « *divisions et partages de successions et biens communs…comptes et tutèles…restitutions de dot et douaires* », choisiront de « *bons et notables personnages* » soit de un à trois « *parents, amis ou voisins* ». Le législateur fait appel à des non-juristes puisqu'on examine plus le fait que le droit. Les pairs dotés d'une certaine autorité tels que les proches, les individus d'une certaine importance et à qui la famille accorderait facilement sa confiance devront avoir des qualités requises. Les décisions des arbitres parents seront soumises à l'appel au Parlement. Il faut souligner que le secret que les familles aimeraient garder sur leurs affaires n'est pas un motif retenu par le roi.

Toutes ces dispositions sont complétées par un autre édit pris également à Fontainebleau en avril 1561 par Charles IX. Celui-ci encourage les parties en litige à choisir la voie « d'accord et transaction » afin de limiter l'annulation des décisions prises par les arbitres, et ceci dans le but de renforcer leurs conséquence.

A l'époque porteur d'idées créatrices qui réapparaitront régulièrement au cours des siècles, l'ensemble de ces textes oriente nécessairement le règlement des litiges entre proches.

[46] Cf. J. Morgues, Les statuts et coustumes du pays de Provence, Aix, 1658, p. 21 et p. 157 et s. ; J.-J Julien, Nouveau commentaire sur les statuts de Provence, Aix, 1778, p.70 et p.350 et s.

[47] Juriste de formation, Michel de l'Hospital (1505-1573) œuvra pour la simplification du droit français. Il est le promoteur des Edits de Fontainebleau d'aout 1560 et d'avril 1561 sur l'arbitrage et la transaction

B La procédure appliquée

L'arbitrage de l'ancien droit débute toujours par un compromis dans lequel les parties organisent la procédure arbitrale comme elles le souhaitent. Cet acte a plusieurs fonctions. Tout d'abord, il renseigne sur la qualité des parties, qui, souvent ont des liens de parenté. Puis, il informe sur la qualité des arbitres. Les parties ne nomment jamais des parents, amis ou voisins, comme le prévoyait l'Edit de Fontainebleau de 1560, mais toujours des juristes, compétents pour régler des questions successorales plus ou moins pointues. Ces juristes étaient des avocats, des magistrats ou bien encore des professeurs de droit. Un à deux arbitres étaient choisis en fonction des intérêts en présence et toujours en nombre pair. Ces arbitres sont dotés de pouvoirs d'amiable composition. Ils peuvent désigner un tiers arbitre pour les départager en cas de besoin. Ces arbitres s'immisçaient dans de nombreux domaines du droit de la famille de l'époque tels que les successions, la liquidation de comptes entre héritiers ou associés, l'établissement de compte de tutelle, ou bien encore les jugements de restitution de dot. Ce contentieux s'explique par la méconnaissance des notaires ne sachant pas toujours liquider des successions avant la fin du XVIIème siècle, mais aussi par la reconnaissance des mérites de l'arbitrage ; procédure n'amplifiant pas les conflits, préservant le secret et garantissant une grande souplesse dans le règlement successoral.

Dans ce compromis, les parties imposent toutes sortes d'obligations à leurs arbitres, comme celle de prêter serment, de travailler les jours fériés et non fériés afin d'obtenir un règlement plus rapide de leur différend, ou leur imposent un délai court pour rendre leur sentence.

Une fois le compromis passé et les arbitres prêts, l'instruction commence. Les arbitres disposent d'une grande liberté. Ainsi, ils doivent s'assurer que la volonté des parties est respectée. Contrairement aux juges, les arbitres doivent tous participer à l'instruction du litige. Mais, les parties peuvent les autoriser à désigner l'un d'entre eux pour procéder aux actes d'instruction. Cependant, ils ne disposent pas de l'autorité publique et ne peuvent pas forcer les parties à comparaitre, ni à produire leurs pièces. En outre, ils ne peuvent ni obliger les témoins à déposer ou les experts à dresser leur rapport. Tous les arbitres doivent par principe examiner les pièces, entendre les parties, entendre les experts qui le souhaitent et faire des comptes de liquidation de succession.

Commence ensuite la phase de jugement. Les arbitres délibèrent entre eux, entendent parfois à nouveau les parties, puis construisent les termes du règlement du litige. Le jugement

comprend les mentions des sommes que se doivent chacune des parties et la signature des arbitres sur la sentence qui est prononcée publiquement devant toutes les parties.

Le règlement du litige est marqué par la logique de conciliation. Dans l'ancien droit, il arrive en matière familiale que les parties s'entendent au préalable avec leurs arbitres pour que la solution du litige soit négociée, et imposée seulement si la négociation n'aboutit pas. Pour se faire, certaines pratiques mêlant l'arbitrage et la conciliation sont utilisées.

Lorsque la sentence arbitrale est élaborée, et avant que les arbitres la lisent publiquement, ils en informent officieusement les parties afin de savoir si elles sont prêtes à accepter le règlement arbitral. Ils recueillent alors l'acquiescement des parties à la sentence, qui est l'unique occasion de pouvoir corriger la solution arbitrale en tenant compte des discussions entre les parties et les arbitres. L'acquiescement n'en est que plus efficace, car il concrétise l'accord des parties sur les conditions de l'arbitrage et la manière dont elles ont été jugées aussi bien sur la procédure que sur le fond du droit.

Cet acte complète la sentence arbitrale par l'accord des parties, mais il arrive également que l'accord des parties soit recueilli non pas seulement à l'issue mais tout au long du processus arbitral, ce qui a pour conséquence de modifier la qualification juridique donnée à l'acte constatant le règlement du litige. Dans ce cas, même s'il a été préparé par des arbitres, il peut être qualifié d' « accord et transaction »[48]. Cette pratique est fréquente dans les derniers siècles de l'Ancien Régime : un arbitrage marqué par une logique de conciliation dans lequel les arbitres s'efforcent de recueillir l'approbation des parties sur les points litigieux pour aboutir à une transaction, selon le degré d'implication de ces mêmes parties dans les négociations. Les arbitres ont alors fait des propositions qui ont été écoutées puis discutées et aménagées par les parties à leur guise pendant la rédaction de leur transaction.

Il est important de souligner que la transaction est un contrat difficile à remettre en cause, alors qu'une sentence arbitrale est toujours dans l'ancien droit français soumise à l'appel du Parlement, même si les parties ont renoncé à tout recours dans leur compromis. Mais, par la transaction, les parties se soustraient au contrôle souverain des juges.

[48] Accord et transaction rendu à Montpellier en 1697. Dans cette affaire, il existe un différend entre trois frères au sujet d'un partage de succession. Les parties choisissent des tiers, deux hauts magistrats montpelliérains de la Cour des comptes, et indiquent sans remettre « à leur décision et jugement », ce qui pourrait laisser croire qu'ils sont arbitres. En tête de l'acte final, les parties précisent que d'après leur « avis », elles sont « convenu » et sont « demeurées d'accord » sur les termes de leur transaction, mention qui laisse penser qu'il s'agirait plutôt de médiation. C. JALLAMION, *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire*, Gaz.Pal, vendredi 16 samedi 17 janvier 2009 p.3

Ces deux motivations qui sont d'un côté la logique de conciliation et de l'autre la soustraction aux voies de recours judiciaires renseignent sur la manière dont les parlementaires révolutionnaires entendent régler les différends en matière civile. Mais à la chute de l'Ancien Régime en 1789, le législateur révolutionnaire va remettre en question tout le système institutionnel de l'époque et soumettre l'arbitrage et la conciliation à des contraintes de plus en plus fortes.

§2 La Révolution française et le développement des tribunaux de famille

Les tribunaux de famille prennent un nouvel essor pendant la Révolution française, dû aux changements de mœurs, inspirant certaines réflexions sur la société et la famille de l'époque. Les philosophes n'ont pas hésité à apporter leurs pensées, confortant l'émergence d'une nouvelle vision du droit de la famille (A), afin de mettre en place une véritable juridiction des conflits familiaux, dotée d'une procédure spécifique (B).

A Le renouvellement philosophique et l'émergence d'une nouvelle vision du droit de la famille

Sensible au mouvement des Lumières favorable au divorce, la famille va être profondément bouleversée par la Révolution française. Les idées révolutionnaires qui en découleront, serviront de fondement juridique à la réalisation de notre actuel Code civil.

Le modèle de la « Sainte famille » qui s'était mis en place au fil des siècles, malgré les multiples mises en cause des humanistes et des réformistes protestants, va être ébranlé. Ainsi ce modèle de famille doucement élaboré sous l'emprise de l'Eglise et de l'Etat, composé d'un père tout puissant, d'une mère soumise juridiquement et abusée par la société dans son statut d'inégalité, face à l'homme et face au grand nombre d'enfants inégaux de par la naissance (légitime ou non), de par leur place dans la fratrie et du fait de leur différence de sexe, va être remis en question.

On ne peut comprendre la Révolution française que si on plonge dans le XVIIIème siècle qui a remis en cause les fondements de la Société. Ce siècle est dit des *Lumières* en France, *Enlightenment* en Angleterre, *Illuminismo* en Italie et *Aufklärung* en Allemagne. Pour la première fois, la pensée des intellectuels aristocratiques trouve une unité en Europe. Dieu était lumière au Moyen Age, désormais la raison devient lumière, « raison éclairée ». Kant conclut dans un opuscule consacré aux Lumières[49] : « sortir de l'état de minorité, être libre, ne dépendre d'aucune autre loi que celle de sa raison. »

Le renouvellement philosophique à travers la critique et la raison va fortement influencer le droit de la famille émergeant du droit naturel. Des philosophes éminents, tels qu'Helvétieus (1), le Baron d'Holbach (2), Montesquieu (3), Voltaire (4), ou encore Rousseau (5) s'engagent dans la contestation de la tradition du mariage indissoluble imposée à tous (6).

1 Helvétius et la prise de conscience des bouleversements de la famille

Le premier à ouvrir le débat est Helvétius. En 1750, il abandonne sa charge de fermier général pour se consacrer à la philosophie. Très influencé par Locke, il correspondra avec Montesquieu et Voltaire, et sera lié d'amitié avec Buffon et d'Holbach. En 1758, il publie un des grands livres du siècle, « *De l'esprit* ». Dans cet ouvrage, il s'efforce d'établir que l'homme dans la vie, n'a pas d'autre mobile que l'intérêt personnel. Cette œuvre, où les idées les plus hardies avaient trouvées place, fût condamnée immédiatement au feu par le Roi, le Parlement, la Sorbonne et le Pape. Suite à ces poursuites acharnées, Helvétius se rangea dans le silence et se contenta de tenir salon philosophique à Paris, où chacun avait coutume de se retrouver pour discuter des principes politiques nouveaux et de disserter en profondeur sur le bien fondé et l'utilité des religions, sans oublier les règles de la loi naturelle. Après la mort d'Helvétius, quelques écrits posthumes furent publiés. Le traité « *De l'Homme*[50] », le plus important, est un reflet du traité « *De l'esprit* », dans lequel l'auteur dévoile ses vues sur le mariage. Il estime que le mariage perpétuel est une institution bien trop étroite, seule valable pour des époux laboureurs, occupés aux labeurs, « *utiles l'un à l'autre et supportant sans dégouts et sans inconvénients l'indissolubilité de leur union.* » Ceci est peu conforme à la

[49] E. KANT, *Réponse à la question : Qu'est ce que les Lumières ?* 1784
[50] C. HELVETIUS, *De l'Homme*, Section VIII

nécessité des autres professions. Pour justifier le non mariage des soldats, Helvétius donne en exemple la manière dont le Roi de Prusse a contourné les inconvénients des mariages des troupes. L'amour à la convenance des époux est valorisé. S'il existe des enfants, et si le couple ne peut subvenir aux besoins et à l'éducation de ceux-ci, le Roi s'en charge, bon moyen de mettre en place une armée de jeunes soldats. L'auteur n'osera jamais conseiller ce système comme règle générale, et son opinion se contentera de battre en brèche le dogme de l'indissolubilité. Il réaffirme sa pensée première « *le plaisir et la douleur…ont déposé et fait éclore dans tous les cœurs le germe de l'amour de soi, dont le développement à donner naissance aux passions, d'où sont sortis tous nos vices et toutes nos vertus.*[51] » Si Helvétius, en s'inspirant de Locke, est pionnier dans une vision nouvelle de la société et de la famille, il sera relayé par Paul Henry Thiry, baron d'Holbach.

2.Le droit naturel : une première exception à l'indissolubilité du mariage pour le Baron d'Holbach

Celui-ci, dans deux ouvrages incontournables, « *Le système social* » édité en 1773, et « *La morale universelle* », parue en 1776, oscille entre plaisir et vertu, et baigne dans l'ambigüité d'une philosophie qui confond le rationnel avec l'utile, le déterminisme avec une finalité toute humaine. Les malheurs de l'adultère sont de véritables saccages dans la réciprocité des sentiments du couple, mettant en péril la cohésion de la famille et l'éducation des enfants. La loi, dans son ordre idéal, semble juste dans sa visée première. Mais pour le droit naturel, en recherche de bonheur, la vertu parait impuissante à régler la raison humaine. Ainsi, l'indissolubilité du mariage devient une source de la « *corruption des mœurs* [52]». Pour ne pas tomber dans cette corruption, d'Holbach suggère au législateur de créer des lois assez souples pour s'accommoder à la nature de l'homme et à ses passions, sans délaisser les vertus. Il précise que la loi juste doit permettre à l'homme d'éviter le malheur qu'engendre les dites passions ; elle peut le faire en appuyant ses lois sur sa nature sensible, sans écarter sa nature sociale. Pour cet auteur, le divorce répond à ce double impératif. Sa pensée se construit sur la confusion de l'utilité et des valeurs. Le mariage monogamique reste le principe. Cependant, si

[51] C. HELVETIUS, *De l'esprit*, Chapitre II, 24
[52] HOLBACH, *Système social*, Chapitre III, p.131 ; *La morale universelle*, V, 2, t. 3, p.25

le couple ne parvient plus à vivre ensemble, et que leur vie courante est mise en péril par des tentations diverses, le divorce doit intervenir pour y mettre fin.

3.Montesquieu et la justification raisonnable de la répudiation :deuxième exception au principe de l'indissolubilité du mariage

En parallèle à cette effervescence d'idées novatrices, Montesquieu apporte sa pierre à l'édifice de la famille. Il fait état des mœurs maritales françaises de son temps, où la jalousie et l'infidélité engendrent la variabilité des cœurs face à l'indissolubilité du mariage. Pour lui, la vertu n'est exemplaire, ni chez l'homme, ni chez la femme. Ainsi, chaque époux ne se considère plus « *engagé* » à la parole donnée dans les promesses d'amour éternel[53].

Dans *l'Esprit des lois*, il tente de clarifier la différence entre le divorce et la répudiation : le divorce serait un « *consentement mutuel* » provoqué par une « *incompatibilité mutuelle* ». La répudiation, quant à elle, « *se fait par la volonté et pour l'avantage d'une des deux parties* », la seconde partie étant ainsi écartée de ses avantages et de sa volonté. Pour Montesquieu, en règle générale, « *dans tous les pays où la loi accorde aux hommes la faculté de répudier, elle doit aussi l'accorder aux femmes.*[54] » Il conclu que le divorce est d'une utilité politique indéniable. Et si pour l'utilité civile, les rôles sont bien établis pour le mari et la femme, il n'en est pas toujours de même pour les enfants. Il puise dans le droit romain et grec pour essayer d'expliquer la pratique de la répudiation et du divorce. Romulus permet au mari de répudier sa femme si elle avait commis un adultère, préparé du poison ou falsifié des clés. Il ne donna point aux femmes le droit de répudier leur mari. Sous l'influence d'Athènes qui donna à la femme aussi bien qu'au mari, la faculté de répudier, on voit que les femmes obtinrent ce droit chez les premiers romains. Cette pratique est confirmée dans les Lois des douze tables. La faculté du divorce devint alors une conséquence de ces Lois des douze tables. La femme et le mari ayant séparément le droit de répudier, « *ils vinrent naturellement à se quitter de concert et par une volonté mutuelle*[55] ». Cependant, si l'extension de la répudiation et du divorce était établie, on fit peu usage de la faculté de répudier. Le consul de la Rome antique Carvillius Ruga, qui répudia sa femme pour cause de stérilité, suscita la haine du peuple romain qui ne concevait pas l'apport d'un pouvoir héréditaire dans la République.

[53] MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, lettre LV
[54] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XVI, Chapitre XV
[55] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XVI, Chapitre XVI

Devant la réalité de la vie et les outrages quotidiens, les tribunaux de famille sont confrontés « aux secrets de familles »[56]. Montesquieu détaille avec ironie les affaires traitées, telle que la virginité forcée imposée aux filles. Il évoque l'infidélité comme motif de séparation et de renvoi, sans oublier l'impuissance masculine, où déjà on sollicite le besoin de preuve, « *car il y a très peu d'esprits justes, et tout le monde convient qu'il y en a une infinité de faux.* [57]» Enfin, il ose contester la loi qui impose que « *l'enfant né pendant le mariage, est censé d'être au mari.* » ; peu importe que le mari apporte la preuve qu'il n'en est pas le père, puisque le tribunal s'en tient à ce principe[58].

Montesquieu est un penseur lucide qui s'appuie sur la raison pour comprendre et s'adapter à la réalité de son temps : « *Etre vrai partout* », telle était sa règle.

4.La remise en cause du droit canonique par Voltaire : un empêchement à l'établissement du divorce

Voltaire n'est pas indifférent aux relations ambigües rencontrées par les familles dans la société de l'époque, et tente, lui aussi, de clarifier l'état des rapports de couple. Confronté aux problèmes d'adultère habituels de son temps, il se permet quelques incursions dans l'histoire afin de révéler la situation permanente des libertés des couples, alors que le droit canonique impose l'indissolubilité du mariage. Dans son *mémoire d'un magistrat,* paru sous le titre *Divorce,* à la suite du *Fragment des Instructions pour le Prince royal* en 1767, enrichi dans *La question sur l'Encyclopédie,* sous la rubrique *Adultère* en 1770, l'auteur fait une analyse rigoureuse des origines dudit mot « adultère ». Ce terme n'est pas issu du grec, mais du latin, signifiant altération, adultération, faux, faux contrat, crime de clés.

Son *mémoire d'un magistrat* nourrit une critique violente contre l'indissolubilité du mariage et le mariage sacrement. Voltaire ne veut plus d'un droit civil fondé sur le droit canonique, car celui-ci le prive des droits de l'humanité. Pourquoi un homme ne pourrait-il pas se remarier, lorsque sa femme a été défaillante ? « *Pourquoi un lien pourri est-il indissoluble »* alors qu'on accepte la séparation de bien et de corps ? L'Eglise est en contradiction avec les textes des

[56] MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, lettre LXXXVI

[57] MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, lettre LXXXVI ; Montesquieu avait étudié le procès de l'impuissance du Marquis de Gesvres et noté dans les Spicilèges (n°261 et 262), inspiré des mémoires de Saint Simon (Mémoires, édit. Y. COIRAULT, Paris, « Pléiade », t. IV, p. 497). « Il prétendit n'être point impuissant, et comme c'était chose de fait, il fut ordonné qu'il serait visité par des chirurgiens et elle par des matrones, nommés par l'officialité pour y faire leur rapport »

[58] MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, lettre CXVI

évangiles de Matthieu[59]. Si à l'origine, les grands avaient le droit de répudier leur femme, Grégoire IX, ennemi des empereurs et des rois, établit un décret qui rendit le mariage inébranlable[60]. Malgré l'institution du sacrement du mariage et de son indissolubilité, les grands de ce monde trouvèrent toujours un motif pour détourner cette situation. D'où la violence des attaques de Voltaire contre l'Eglise, car il pense que Dieu permet de se remarier alors que le Pape l'interdit. De même, dans les *mémoires d'une femme*, il réclame l'égalité de la femme devant l'adultère. S'appuyant sur le texte de l'évangile de Jean[61], il transpose le récit de la femme adultère au mari de la Comtesse d'Arcira, présentée à la junte du Portugal. Il démontre l'iniquité des lois répressives de l'adultère dont seules les femmes endurent les sanctions et non les maris.

Il va de soit que pour Voltaire, s'inspirant de Philibert[62] et de Cerfvol[63], l'affirmation de la loi de l'indissolubilité du mariage résulte d'un abus de pouvoir de la part de l'Eglise, qui a imposé arbitrairement une règle incontournable au mariage, oubliant les législations anciennes plus libérales. Ce philosophe recourt à un contrat civil, fondant la légitimité du divorce sur des raisons d'humanité.

5.Rousseau et l'ébauche du contrat civil

Rousseau, quant à lui, authentique homme des Lumières, illustrera le contrat civil par le « *Contrat social* », et influencera largement son temps. Dans son *Discours sur l'origine des inégalités* (1755), il pense que la nature a fait l'homme heureux et bon, mais la société le déprave et le rend misérable. De cette réflexion nait le *Contrat social* (1762), que Rousseau définit comme étant l'ensemble des conventions fondamentales, qui bien qu'elles n'aient peut être jamais été formellement énoncées, sont cependant impliquées par la vie en société. Cette société repose sur la reconnaissance de la volonté générale qui transcende les volontés particulières. Afin de justifier sa pensée, l'auteur basera sa réflexion sur la famille comme modèle de la société, mais d'une société libre et dont le but est l'intérêt de ses membres et non

[59] Matthieu, chapitre XIX, v. 9 « *Quiconque a renvoyé sa femme excepté pour adultère, pêche s'il en prend une autre.* » Ce qui voudrait dire que l'adultère libère de tout engagement le conjoint innocent.
[60] Décrétales de Grégoire IX de 1234
[61] Jean, VIII, « Que celui de vous qui est sans péché jette la première pierre… »
[62] PHILIBERT, *Cri d'un honnête homme*, 1768
[63] CERFVOL, *Législation sur le divorce*, 1769

l'intérêt du chef. Le père est doté d'une autorité naturelle sur ses enfants, qui n'est que provisoire par nature. Elle ne dure que temps que les enfants y trouvent un avantage.

Ainsi, la famille n'a d'autre but que la liberté des enfants puisque l'éducation a justement pour objectif de les rendre autonomes, de leur apprendre à devenir indépendants.

Déjà dans la *Nouvelle Héloise* (1761), il propose une reconstruction de la cellule familiale. Il présente comment une femme peut rayonner dans son rôle de parfaite mère de famille, et permettre ainsi à la structure sociale de se réaliser[64]. Son image de la famille unie sera plus nette dans L'*Emile* (1762). Dans cet ouvrage, Jean Jacques Rousseau souligne la responsabilité des adultes dans l'éducation de l'enfant. Il explique que la mère doit s'occuper elle-même de son enfant, car l'affection maternelle ne peut être substituée. Ainsi, l'allaitement maternel n'est pas une question de santé physique, mais un lien affectif et moral indispensable au développement complet de l'enfant, à l'équilibre de la famille et à la régénération de la société. Le père, quant à lui, doit devenir le précepteur de son enfant. Ce partage de responsabilité au sein de la famille est bien mis en évidence : la mère veille au développement physique, affectif et moral de l'enfant, le père se charge de la formation intellectuelle, sociale et civique. Dans la pensée de Rousseau, le père tout puissant, tyrannique et arbitraire a disparu. « *Un père, quand il engendre et nourrit des enfants, ne fait en cela que le tiers de sa tâche. Il doit des hommes à son espèce, il doit à la société des hommes sociables ; il doit des citoyens à l'Etat.* [65]» Le rôle du père dans le mariage est de former non pas des sujets mais des citoyens. Etonnant Rousseau dans sa dualité qui conçoit l'éducation d'un enfant dans la liberté alors qu'il a lui-même abandonné ses enfants aux « Enfants trouvés. »

6. Le divorce, « mal nécessaire » au renversement du mariage

Depuis le philosophe anglais Locke, et son influence sur les penseurs français tels qu'Helvétius, le Baron d'Holbach, Montesquieu, Voltaire et Rousseau, qui semblent être les plus représentatifs, les philosophes des Lumières ont élaboré une critique de l'ensemble du fonctionnement de la société. S'appuyant sur la raison, cette critique se répercutera au cœur de la cellule familiale. D'un pouvoir, où tout venait de Dieu, du Roi et de l'Eglise, modèle de la « sainte famille », pouvoir unilatéral plaçant le peuple dans une condition de dépendance et

[64] J. J. ROUSSEAU, *La nouvelle Héloise*, V, 3, 1761
[65] J. J. ROUSSEAU, *L'Emile*, Livre I

d'acceptation dans l'application de la loi, ces intellectuels préparent le chemin de la Révolution. Montesquieu dans sa critique radicale du pouvoir absolu déboulonne la puissance paternelle. Helvétius et le Baron d'Holbach, matérialistes notoires, ne fondent plus leur pensée sur la croyance en un Dieu qui dicte l'existence de chacun. De concert, ces philosophes vont s'efforcer de justifier l'indissolubilité du mariage.

Après cette brève présentation des opinions exposées par les philosophes des Lumières sur le mariage et le divorce, un constat s'impose : leur combat s'est essentiellement opposé à l'indissolubilité du mariage, en justifiant par la raison et le droit naturel, la dissolution du mariage par le divorce. La *Grande Encyclopédie*, œuvre phare du XVIIIème siècle, ne révèlera pas l'ampleur des débats sur ce sujet. Seuls deux articles anodins du dictionnaire paraitront : l'un sur le divorce, qui reste dans le respect de la règle absolue : « *le divorce est certainement contraire à la première institution du mariage, qui de sa nature est indissoluble.* ». Quant au mariage, il demeure un sacrement. Néanmoins, il est envisagé comme pouvant être un contrat du droit civil et du droit naturel, s'adaptant à la longévité de la « *société conjugale*[66] ». Si ces penseurs, sanctionnés par le pouvoir royal et l'Eglise, n'ont pas vu la concrétisation de leurs théories, il s'écoulera peu de temps avant la loi du 20 septembre 1792, pour que celle-ci se réalise.

Il existe un lien indissociable en justice familiale entre le fond d'un conflit et la manière de le traiter. L'évolution du droit de la famille de l'époque aura un impact considérable, qui modifiera la hiérarchie de la famille, et donnera lieu à un développement des conflits. Ce nouveau droit fera partie du paysage qui dictera la procédure à appliquer.

[66] P. DAMAS, *Les origines du divorce en France, étude historique sur la loi du divorce du 20 septembre 1792*, thèse, 1901, p. 51

B L'institution et la procédure des tribunaux de famille

A la chute de l'ordre ancien en 1789, succède rapidement l'effondrement des institutions dont celui de la justice. Le chantier de la réforme de la justice commence dès août 1789, les révolutionnaires méfiants envers la justice traditionnelle, vont s'inscrire dans un projet plus vaste de renaissance d'une justice devant fonctionner avec le moins possible de juristes et de règles de droit (1). Les tribunaux de famille vont retrouver toute leur ampleur par la promulgation de nombreux textes de loi (2), instituant notamment, l'introduction de membres de la famille dans le déroulement de la procédure (3).

1.Une méfiance à l'égard des hommes de loi

En effet, plusieurs raisons ont amené les révolutionnaires à écarter les hommes de loi de la justice. Pour eux, ils installent une certaine confusion dans la compréhension du droit et retardent la justice. Il est donc essentiel de l'améliorer afin de le rendre compréhensible à tout homme doté de raison, par des lois simples, claires et précises. Afin de corroborer cette idée, la famille va être un enjeu primordial. Les procès et les avocats vont être pointés du doigt, considérés comme étant trop onéreux pour elle. Aux yeux de ces philosophes des Lumières, le droit ne doit pas prévaloir sur les relations humaines, celles-ci étant d'autant plus profondes au sein du milieu familial. En revanche, la loi naturelle doit l'emporter sur la loi civile. C'est l'objectif des tribunaux de famille, créés pour faire place à la raison. Lors de leur élaboration, les députés n'ont pas hésité à faire part de leur hostilité face aux juristes. Le magistrat étant considéré comme « le corps étranger » de la famille, tout homme de loi doit être évincé des affaires familiales. En outre, après multiples réflexions, il s'avère que l'arbitrage est plus adapté pour faire régner la justice dans les campagnes. Les tribunaux de famille semblent plus appropriés au milieu rural. Les tribunaux et les hommes de loi sont nécessaires, en revanche il faut les limiter au milieu urbain, et par la même aux questions concernant les contrats ou la propriété. De surcroit, pour les philosophes des Lumières, la famille doit aussi être l'école de la citoyenneté. Ainsi, un membre d'une famille faisant partie d'un tribunal de famille

deviendra un meilleur citoyen capable d'agir, non seulement pour sa famille, mais également pour le peuple[67].

En 1792, les critiques à l'égard des juristes sont beaucoup plus virulentes. La fonction des tribunaux de famille et de l'arbitrage échappe définitivement aux hommes de loi. D'ailleurs, certains d'entre eux ne se gênent pas pour critiquer leur propre profession. Ainsi, Danton, ancien avocat du Conseil du Roi, et Barère, avocat, ne se priveront pas de dénoncer les gens de loi comme étant des antiquités de l'Ancien Régime et des militants du modérantisme. De nombreux textes sont votés par la Convention pour éradiquer les juristes des tribunaux de famille comme le décret du 26 janvier 1793 qui exige un certificat de civisme de tout avoué et homme de loi. En brumaire an II, les fonctions d'avoués sont complètement supprimées. Les décrets du 26 ventôse et du 6 germinal an II (26 mars 1794) révèlent l'ampleur de l'animosité suscitée à l'encontre des juristes, puisque le certificat de civisme est désormais exigé pour tous les arbitres, afin de les empêcher d'accéder aux tribunaux de famille. Au même moment, l'arbitrage forcé va être étendu à un grand nombre de matières sensibles comme la loi du 12 brumaire an II sur les enfants naturels et la loi du 12 nivose an II sur les successions. L'analyse de ces deux textes démontrent que la frontière entre arbitrage forcé et tribunaux de famille est très mince, la notion de tribunaux de famille étant étendue à l'ensemble du droit de la famille. En outre, ces mêmes juridictions peuvent désormais connaitre des demandes en divorces pour cause déterminée.

Les mains des arbitres de la famille détiennent enfin l'essentiel du de la matière.

2.Les fondations textuelles des tribunaux de famille

Entreprise par les constituants, la première grande loi sur la réforme de la justice des 16 et 24 août 1790 concerne l'arbitrage volontaire, qui est choisi librement par les parties. Il est présenté comme étant « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens »[68]. Dans ce domaine, le législateur rompt avec la tradition de l'Ancien Régime, puisque désormais, l'appel ne sera possible que lorsque les parties se seront par avance réservées cette voie dans le compromis[69]. Cette loi des 16 et 24 août 1790 institue également

[67] On retrouve ici les idées rousseauistes. En effet, Rousseau développe dans son livre l'Emile que le père doit éduquer son enfant afin qu'il devienne non pas un sujet, mais un véritable citoyen.

[68] Titre 1er de la loi des 16 et 24 aout 1790

[69] Article 4 de la loi des 16 et 24 aout 1790

les tribunaux de famille[70], en se fondant sur l'Edit de Fontainebleau de 1560. Ces tribunaux sont présidés par le juge de paix. Cependant, il faut relever une nouveauté : dorénavant, les parents et les époux doivent obligatoirement soumettre leurs différends familiaux à d'autres parents, amis ou voisins, qui devront les entendre et rendre une décision motivée. Cette justice familiale est plus facilement soumise au contrôle de la justice étatique que l'arbitrage volontaire. La loi prévoit que toute personne lésée par la sentence pourra en interjeter appel devant le tribunal de district qui se prononcera en dernier ressort.[71] Cette idée d'un arbitrage volontaire n'est pas nouvelle et a notamment déjà été formulée par l'un des deux Edits de Fontainebleau (1560-1561) pris par François II, sur les conseils de son chancelier de l'époque Michel de l'Hospital.

3.L'introduction de membres de la famille dans le déroulement de la procédure

La procédure était organisée de la manière suivante : « s'il s'élève quelques contestations » au sein d'une famille soit entre les époux, soit entre les époux et leurs enfants ou avec les collatéraux, « les parties seront tenues de nommer des parents, ou à leur défaut, des amis ou voisins pour arbitres.[72] » Chacune des deux parties se choisit « deux arbitres, et si les quatre arbitres » ne parviennent pas à s'entendre, alors ils choisissent un « sur-arbitre » pour lever le partage[73]. Si les deux arbitres désignés par chacune des parties sont refusés, ils pourront être désignés d'office par le juge du tribunal de district. La loi des 16 et 24 aout 1790 précise que les parties se trouvant devant le tribunal de famille « éclairciront leur différend » et les arbitres « après les avoir entendues et avoir pris les connaissances nécessaires, rendront une décision motivée. » Lors de la délibération du tribunal de famille, les arbitres ont deux pratiques qui existaient déjà sous l'Ancien Régime. Ainsi, ils peuvent rendre soit un arbitrage au sens strict, en délibérant seuls et en imposant la solution aux parties, soit au contraire, chercher à obtenir leur accord ou un arrangement. Parfois, il est possible de relever que les arbitres délibèrent à l'inverse en présence des parties et discutent avec elles de la solution du litige. Dans ce cas, les arbitres font primer l'efficacité du règlement sur le strict respect des catégories juridiques. Ces mêmes délibérations du tribunal de famille permettent également,

[70] Titre X intitulé « *Des bureaux de paix et du tribunal de famille* » de la loi des 16 et 24 aout 1790
[71] Article 12 de la loi des 16 et 24 aout 1790
[72] Article 12 de la loi des 16 et 24 aout 1790
[73] Article 13 de la loi des 16 et 24 aout 1790

dans la mesure où la loi impose que les sentences soient motivées, de connaitre les règles selon lesquelles les arbitres ont déterminé leur décision. Ils peuvent s'accorder la faculté de statuer suivant les règles de droit ou en équité, le législateur n'ayant rien précisé sur ce point[74]. Son exécution est soumise au contrôle du Président du Tribunal de district.

Le Décret des 20-25 septembre 1792 élargit la compétence des tribunaux de famille. Ce texte autorise le divorce pour la première fois dans l'histoire du droit français. Les « arbitres de famille » se voient confier la dernière des trois procédures mises en place par la loi, celle du divorce pour cause déterminée. Les deux autres procédures dont le divorce par consentement mutuel et le divorce pour incompatibilité d'humeur sont proposées aux époux. Le contentieux de ces tribunaux de famille est désormais composé principalement d'affaires de successions, de divorce ou de séparation, d'enfant illégitime ou bien encore d'enfant s'opposant au pouvoir parental.

L'arbitrage forcé institué par les lois des 16 et 24 aout 1790 et des 20-25 septembre 1792 conserve sa nature d'arbitrage, malgré le fait qu'il soit imposé. Cet arbitrage devenu obligatoire dans un domaine où il était pratiqué de tradition, la loi n'est pas venue réviser la pratique. Ce même arbitrage demeure, nonobstant la possibilité de l'appel, extrajudiciaire. Il reste néanmoins une alternative à la justice de la Nation.

§3 L' « échec » des tribunaux de famille

Le rayonnement des tribunaux de famille ne durera pas, laissant de plus en plus de place à l'arbitrage forcé (A), pour finalement disparaitre (B).

[74] C. JALLAMION, *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire*, Gaz.Pal, vendredi 16 samedi 17 janvier 2009 p.3

A Le déclin des tribunaux de famille.

Le 21 septembre 1792, la Convention nationale devient la nouvelle assemblée de la France, dans un contexte de plus en plus défavorable à la justice étatique, accusée de trahir la Révolution depuis 1792[75]. C'est dans cette situation que les conventionnels décident de développer l'arbitrage forcé. La loi du 10 juin 1793 prévoit que l'arbitrage doit aboutir, comme la justice étatique, à une application mécanique de la loi. Cet arbitrage a été subtilisé à la volonté des parties pour se trouver sous le contrôle du législateur, soit directement, soit par l'intermédiaire du juge de paix. Cette intervention du législateur démontre une importante crainte vis-à-vis des parties, des arbitres mais aussi des juges. En effet, les parties ne peuvent plus librement décider de l'organisation de l'instance arbitrale et les arbitres sont interdits de désigner le tiers-arbitre, comme cela se faisait devant les tribunaux de famille. Le juge de district, quant à lui, subit également la méfiance du législateur, alors que le juge de paix semble, au contraire, avoir la confiance des Conventionnels. La loi du 12 Brumaire An II (loi du 2 novembre 1793) relative aux droits des enfants nés hors mariage ou adultérins accentue ce phénomène, tout comme la loi du 17 Nivôse An II (loi du 16 janvier 1794) relative aux partages et successions, par laquelle les arbitres reconstituent l'état du patrimoine et les sommes que se doivent les héritiers entre eux. Ces textes ont une certaine importance puisqu'ils établissent pour les enfants naturels et pour tout héritier des droits égalitaires de succession dont le règlement doit remonter rétroactivement au 14 juillet 1789. Cette disposition suscitera un contentieux considérable, confié à l'arbitrage forcé par le législateur.

Suite à ces nouveaux textes, la procédure va aussi être modifiée. Ainsi la loi du 17 Nivôse an II dispose que les parties sont obligées de choisir deux arbitres, le juge de paix devant procéder d'office à la désignation d'un tiers-arbitre en cas de partage. Le contentieux n'étant plus confié aux tribunaux de famille, il est convenu que les arbitres ne doivent pas avoir de lien de parenté avec les parties, qualité qui désormais constitue une cause de récusation. Le contrôle de cette procédure est confié au juge de paix, compétent en matière de récusation des arbitres. Lorsque les arbitres sont désignés, le loi précise qu'ils doivent procéder à l'instruction sommaire du litige Les parties peuvent parfois participer à un préliminaire de

[75] J. COMMAILLE, Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé- public, *Une autre justice1789 -1799, Fayard, 1989*,p 205

conciliation devant le juge de paix, avant de se présenter avec leurs extraits de procès verbal de conciliation devant le tribunal arbitral. Quand les arbitres délibèrent, ils ont l'obligation de suivre la loi, sans pouvoir juger en équité[76].

La loi du 9 Fructidor An II confirme l'emprise grandissante du législateur sur l'institution. Ce texte permet aux arbitres pour la première fois de pouvoir statuer sur les frais de procédure de partage. De plus, les sentences ne sont pas soumises à l'appel. Cependant le recours en cassation est possible, car pour la Convention il est nécessaire de laisser aux citoyens un moyen de recours face aux infractions formelles de la loi[77]. Ceci démontre une soumission toujours plus étroite de l'arbitrage à la loi. Malgré des craintes législatives, les parties et les arbitres essaient toujours de faire perdurer cette volonté de conciliation qui semble appartenir au passé.

Lors de la Constitution du 5 Fructidor An III (22 Aout 1795), il n'est plus question que d'arbitrage volontaire. Les deux lois du 9 Ventôse An IV (27 février 1796) viennent supprimer l'arbitrage forcé, « comme contraire à la Constitution et implicitement supprimé par elle. » Ces lois attribuent aux juges ordinaires, et donc aux tribunaux de district, la connaissance des affaires qui étaient précédemment portées devant eux. Suite à ces textes, les tribunaux de famille disparaissent en l'An III[78].

[76] Ce qui n'était pas le cas pour les tribunaux de famille dont la loi des 16 et 24 aout 1790, permettait aux arbitres de juger soit en équité, soit en fonction des textes de loi.

[77] Décret du 22 Ventôse An II

[78] La législation n'a jamais totalement supprimé les tribunaux de famille. Jusqu'à la promulgation du Code civil de 1804, leur compétence en matière de divorce et dans les affaires impliquant des mineurs orphelins à toujours été maintenue. Par ailleurs, l'assemblée de famille devait demeurer pour traiter des divorces par consentement mutuel et pour incompatibilité d'humeur. Finalement, le tribunal de famille devait rester compétent sur les questions de discipline des enfants mineurs. J. COMMAILLE, *Une autre justice 1789 -1799, Fayard, 1989*

B Les causes de l' « échec[79] » des tribunaux de famille

Plusieurs raisons expliquent le déclin de ces juridictions. Tout d'abord, il faut relever un certain décalage entre les conditions de la famille, son organisation, et la vision que cette juridiction se fera de la famille. L'état social de la France, l'état des mœurs de la famille victime d'une mortalité importante provoquant une certaine instabilité, les mentalités et la politique exprimée dans la loi permettent d'expliquer ce décalage. Certains auteurs expliquent que cet échec démontre que ces tribunaux ne peuvent fonctionner que dans une société peu avancée en civilisation et où les liens de parenté ne se sont pas encore affaiblis[80]. Ainsi, il était difficile que ces tribunaux s'adaptent à la situation sociale dans laquelle on voulait les introduire. L'introduction progressive de professionnels du droit au sein de ces juridictions est une autre cause d'altération des principes révolutionnaires qui va occuper une place prépondérante[81]. Leur entrée dans le système s'explique par l'éloignement des parents, l'inaptitude de ces derniers à pouvoir siéger en cas d'illettrisme, des raisons graves justifiant la récusation des arbitres choisis par l'une des parties, ou quand les parties sont moins disposer à choisir.

En effet, en 1793, suite aux nombreux textes pris par la Convention afin d'accroitre la compétence des tribunaux de famille, celle-ci pense avoir définitivement évincé les hommes de loi des tribunaux de famille. Cependant, de multiples pétitions rédigées en l'an II démontrent que les juristes ont très bien résisté[82]. Durant toutes ces années d'animosité, les hommes de loi vont parvenir à se montrer indispensables à la vie juridique. Ils sauront investir les tribunaux de famille. D'après les dispositions de la loi des 16 et 24 aout 1790, chaque membre des tribunaux de famille doit être choisi parmi les parents ou, ou à défaut, les voisins et amis des parties. Très vite, la pratique et la jurisprudence vont considérer qu'un étranger à la famille peut être choisi comme arbitre, alors qu'il existe des parents aptes à remplir cette

[79]J. COMMAILLE, Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé- public, *Une autre justice1789 -1799, Fayard, 1989*,p 205

[80] L. DARNIS, *Des tribunaux de famille dans le droit intermédiaire*, Thèse, Paris, 1903, pp. 134-135, p.115

[81] V. ANSIAUX (H), *Les tribunaux de famille dans le district de Douais. De la loi des 16 et 24 aout 1790 aux premières mesures de la terreur*, mémoire dacty. D.E.A. Histoire du droit, Université Lille II, 2000, V. DEMARS-SION (dir), pp 10, Des statistiques réalisées pour le district de Douais montrent que 95% des affaires traitées devant les tribunaux de famille pendant cette période, sont traitées par des tribunaux composés d'au moins un professionnel du droit désigné comme arbitre, et 73% de ces affaires sont arbitrées par un tribunal composé uniquement de professionnels.

[82] J.-L HALPERIN, « *La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou « les juristes, comment s'en débarrasser ?* » », La famille, la loi, l'Etat, Paris 1989, p.292 à 304.

fonction, la qualité d'un arbitre étant d'obtenir la confiance des parties. Cette faille découverte, les juristes ne vont pas laisser passer leur chance, et d'ailleurs de nombreux hommes de loi sont choisis comme arbitres : ainsi à Montpellier, sur 329 arbitres répertoriés de 1790 à l'an IV, on compte 114 hommes de loi à côté de 19 fonctionnaires et de 196 arbitres « ordinaires ». A Rouen, la participation des hommes de loi dans les tribunaux de famille ayant prononcé des divorces progresse de 17,5% à 56% entre 1792 et l'an IV. A Lyon[83], les hommes de loi ont été pointés du doigt de 1793 à 1794. Pourtant, ils représentent plus de 70% des arbitres siégeant en août 1793 et plus d'un quart des décisions prises par des tribunaux de famille sont composés par quatre juristes. Malgré la prise de la ville, et la répression s'abattant sur un grand nombre d'hommes de loi, seul 35% d'entre eux subsistèrent, au profit de simples particuliers et de spécialistes de l'arbitrage. Ils commenceront à retrouver leur place en l'an III, en même temps que le titre d'homme de loi réapparait dans les sentences arbitrales.

Cette omniprésence des hommes de loi au sein des tribunaux se justifie par plusieurs arguments. La plupart d'entre eux sont choisis par des parties ne possédant pas assez de famille sur place ; parfois elles n'ont que la possibilité de nommer des parents n'ayant pas les facultés requises pour traiter ce genre d'affaire, ceux-ci pouvant souffrir d'illettrisme et par conséquent incapables de pouvoir signer un acte. Ils peuvent aussi être soupçonnés de partialité, voire accusés d'ivresse. La compétence des hommes de loi sera bien plus rassurante pour traiter leurs différends. Les cas où une partie s'abstient de choisir des arbitres par incapacité ou mauvaise volonté sont tout aussi fréquents ; ils sont alors désignés d'office par le tribunal de district ou, dans le cadre de la loi du 17 nivose an II, par le juge de paix. Il est normal que le juge, ancien homme de loi, soit tenté de nommer un ou plusieurs de ces juristes ayant l'expérience des tribunaux de famille. L'ensemble des discours et pétitions rédigés à l'époque ont contribué à la disparition de l'institution, sans oublier les manœuvres dilatoires de certains arbitres, preuve d'une partialité sans gêne, favorisant la partie qui les avaient désignés.

Cependant, il faut admettre que la présence des hommes de loi au sein des arbitrages a favorisé le rapprochement des tribunaux de famille et des tribunaux civils de droit commun. Mis en place à l'origine pour régler les conflits d'autorité entre parents et enfants, ces institutions ont très peu joué leur rôle de juridiction d'équité. Destinée à trancher en matière

[83] Ibid., p.299

de divorce, de succession, de tutelle, de régimes matrimoniaux, l'influence des hommes de loi a permis de rendre des décisions motivées en droit, appliquant dans certaines affaires difficiles les lois révolutionnaires, les coutumes et le droit romain.

C'est en février 1796 que les tribunaux de famille sont supprimés. Les arguments avancés en 1793 ont été habilement retournés, puisque la fraternité entre citoyens est désormais invoquée contre les tribunaux de famille, accusés d'isoler les familles du reste de la nation. Les critiques à l'égard de l'arbitrage devenant de plus en plus virulentes, les incriminations envers les hommes de loi se restreignent. Durant le Directoire, quelques projets ont été avancés afin d'obtenir le rétablissement des avoués ou la création d'écoles spéciales destinées à former des arbitres. Cette ambiance leur étant favorable, les avoués reviennent progressivement dans les tribunaux.

Finalement, les coupables de l'échec des tribunaux de famille ne sont plus les juristes, mais la famille, jugée incapable de régler ses propres conflits. Ils sont reconnus indispensables non pas pour conseiller ou arbitrer les parties à un litige, mais surtout pour maintenir l'autorité paternelle et donc, l'autorité de l'Etat. Pour le Professeur Jean-Louis Halperin, la fin de cette institution est un « retour au droit[84] ». Son histoire nous révèle certains paradoxes des hommes de loi de 1789 à 1804. En effet, le mouvement révolutionnaire était principalement conduit par des juristes vivement dénoncés en 1795. Les multiples démarches de suppression de ces juristes visent à réorienter les avocats et les avoués vers l'arbitrage et à leur redonner leur importance au sein de la justice.

Enfin, il faut souligner qu'une société dotée d'un Etat fort ne peut pas permettre à ses propres citoyens de rendre eux-mêmes la Justice. Face à un Etat imposant, les tribunaux de famille étaient obligés de s'incliner. Dans sa thèse soutenue en 1903, Louis Darnis explique que l'abandon du tribunal de famille était inévitable, vu son incompatibilité avec l'Etat dans la responsabilité de l'exercice de la fonction de justice dans la société[85].

[84] J.-L HALPERIN *La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou « les juristes, comment s'en débarrasser ? »*, La famille, la loi, l'Etat, Paris 1989, p.292à 304

[85] Cette analyse n'a plus la pertinence qu'elle avait en 1903. On relève aujourd'hui la coexistence d'Etats forts et de modes parallèles qui réclament leur autonomie par rapport aux Etats tels que l'arbitrage international.

SECTION 2 La question de la justice familiale face à l'évolution du droit de la famille

Suite de la Révolution française, le droit de la famille connait de nombreuses réformes en matière de filiation (§1), et parvient à admettre difficilement le divorce (§2).

§1 Les réformes ponctuelles sur la famille de l'enfant légitime, naturel et adultérin.

Dans le Code civil de 1804, le législateur confirmera la supériorité de l'enfant légitime sur l'enfant naturel. Le sort de l'enfant naturel est amélioré[86], mais sa position reste inférieure à celle de l'enfant légitime. La recherche de paternité est interdite, sauf en cas d'enlèvement de la mère pendant la période de conception[87]. En matière de succession, l'enfant naturel qui a une filiation établie n'a qu'une part réduite et n'est pas réservataire ; cependant il doit s'agir d'un enfant naturel simple[88], l'enfant adultérin ne bénéficiant que d'un infime droit alimentaire.

En matière de mariage, la loi du 10 décembre 1850 facilite le mariage des indigents. Ce texte vient compléter l'article 76 du code civil dans le « *but de faciliter le mariage des indigents, la légitimation de leurs enfants naturels et le retrait de ces enfants déposés dans les hospices.* » Les lois du 20 juin 1896 et du 21 juin 1907 simplifient la formalité des actes respectueux et la procédure des oppositions à mariage. Le texte de 1896 exigeait un seul acte au lieu de trois, tandis que celui de 1907 demandait une simple notification.

La famille de l'enfant naturel va connaitre une nouvelle ouverture grâce à la loi du 16 novembre 1916. Désormais, le concubinage notoire fait partie des conditions de recevabilité

[86] Titre VII, Chapitre III, *Des enfans naturels*, Section I, *De la légitimation des enfans naturels*, articles 331à 333 C. civ de 1804.

[87] Article 340 C. civ de 1804 : « *La recherche de paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet évènement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande de la partie intéressée, déclaré père de l'enfant.* »

[88] Livre III, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, Titre I, *Des successions*, Chapitre IV, *Des successions irrégulières*, Section I, *Des droits des enfans naturels sur les biens de leur père ou mère, et de la succession aux enfans naturels décédés sans postérité*, articles 756 à766 C. civ de 1804.

pour pouvoir exercer l'action en recherche de paternité[89]. Cette loi enrichit la loi du 24 juillet1889 qui prévoyait qu'en cas de certaines condamnations pénales ou en cas d'indignité manifeste due à l'ivrognerie ou aux mauvais traitements de tout ordre, la déchéance de la puissance paternelle était prononcée. Ce texte permettra de donner naissance à la loi du 2 juillet 1907, qui attribuera la puissance paternelle sur l'enfant naturel à celui de ses deux parents qui l'avaient reconnu en premier ou au père seul en cas de simultanéité.

Au début du XXème siècle, la situation de l'enfant adultérin était très limitée. En effet, il ne pouvait toujours rien réclamer en justice, ni filiation, ni héritage, condition qui perdura durant toute l'entre deux guerres. Son sort change après la loi du 15 décembre 1904, qui abroge l'article 298 du Code civil, et qui autorise le mariage de l'époux adultère avec son complice : sa légitimation semble plus aisée, mais certains craignent une sorte de bigamie tacite qui permettrait au père d'engendrer des enfants légitimes nés de plusieurs femmes. Aussi la modification de l'article 331 du Code civil, relatif à la légitimation des enfants nés hors mariage, issue de la loi du 7 novembre 1907, si elle autorise la légitimation des enfants incestueux et celles des enfants adultérins, se montre particulièrement restrictive pour ces derniers quant aux conditions de mise en œuvre. De même, la règle *pater is est* se trouve relativisée après la loi du 6 décembre 1850, modifiant l'article 313 du Code civil : le mari peut désormais désavouer l'enfant né 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal autorisant une résidence séparée pendant l'instance, à condition qu'il n'y ait pas de réunion de fait.

§2 L'admission délicate du divorce en droit français

A la fin de l'Ancien Régime, le mariage n'est plus sacralisé (1). Le siècle des « Lumières »va ouvrir les esprits à la liberté et à la raison. Le Code napoléonien met en place un divorce restreint (2), pour le supprimer avec la loi Bonald (3). Il réapparait timidement au début du XXème siècle (4) pour être à nouveau dévalorisé sous le Régime de Vichy (5). Les années 60 lui donneront un nouveau souffle (6).

[89] Article 340 C. civ : tout comme l'enlèvement et le viol, « *la séduction accomplie de manière dolosive, abus d'autorité, promesse de mariage ou de fiançailles* », l'aveu non équivoque de paternité et l'entretien de l'enfant par le père prétendu.

1.La désacralisation du mariage sous la Révolution française

Lors de la Révolution française, les révolutionnaires renversent l'ordre établi. Le mariage était un sacrement indissoluble qui relevait de l'Eglise, il est désacralisé et laïcisé. La constitution du 3 septembre 1791 institue le mariage civil qui est désormais un contrat civil qui doit pouvoir être rompu à tout moment par l'accord des deux parties. La loi du 20 septembre 1792 crée le divorce et prévoit dans son préambule les ambitions de la réforme engagée : "*La faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle, dont un engagement indissoluble serait la perte*". Cette loi supprime la séparation de corps et met en place deux cas de divorce : le divorce par consentement mutuel des époux déclaré à un officier de l'état civil, et le divorce sur demande d'un époux pour fautes commises par l'autre, pour faits de nature à rendre la vie commune insupportable ou pour simple incompatibilité d'humeur et de caractère. Les motifs pouvant être invoqués sont nombreux, comme l'abandon du domicile par un des époux suivi d'une absence d'au moins cinq années sans donner signe de vie, la démence, l'incompatibilité d'humeur, la condamnation à des peines afflictives ou infamantes ou bien encore la condamnation à une peine criminelle. Ce texte aura un impact très important sur la population et sera beaucoup utilisé. Il entrera dans les mœurs sans aucune difficulté, et personne ne sollicitera l'abrogation, ni la modification de cette loi. Néanmoins, on en abusera, et elle sera critiquée.

Par le Décret du 8 nivôse an II (28 décembre 1793), le projet de Code civil est adopté par la Convention. Des nouvelles dispositions relatives au divorce permettent à l'époux divorcé de se remarier tout de suite après la dissolution du mariage, et à l'épouse divorcée de pouvoir le faire dix mois après. On relève une différence par rapport à la loi du 20 septembre 1792, puisqu'en cas de divorce pour consentement mutuel ou pour incompatibilité d'humeur, un délai d'un an était prévu pour permettre aux époux de se remarier. Pour le divorce pour cause déterminée, le délai était porté à une année pour la femme.

La possibilité de divorcer demandait néanmoins le respect de quelques points de procédure. En effet, avec le divorce pour consentement mutuel, les époux avaient l'obligation de se présenter devant une assemblée de famille qui devait tenter de les concilier. Ces comparutions étaient répétées dans le cas du divorce pour incompatibilité d'humeur. Dans ces deux cas, de longs délais étaient prévus par la loi, afin de permettre aux époux de bien réfléchir et de pouvoir revenir sur leur décision de divorcer. Le décret du 4 floréal an II (22 avril 1794)

institue un mode de dissolution du mariage plus simple et plus rapide. Désormais, les époux peuvent dissoudre leur mariage par la simple production d'un acte authentique ou d'un acte de notoriété constatant que les époux vivaient séparés de fait depuis six mois au moins ou que l'un d'eux avait abandonné l'autre depuis le même temps, sans lui donner aucune nouvelle.

Un dernier décret portera atteinte aux dispositions de la loi du 20 septembre 1792, le décret du 24 vendémiaire an III. Il prévoit que l'époux qui poursuit le divorce et qui réussit à établir que son conjoint est émigré ou qu'il réside en pays étranger ou dans les colonies, est dispensé de l'assigner à son dernier domicile connu. Ainsi, le divorce était prononcé sans aucune citation.

L'ordre doit être rétabli en renforçant l'autorité de l'Etat, du père et du mari.

2.L'établissement d'un divorce restreint par le Code napoléonien

Le Code civil de 1804 revient sur les excès de cette législation. Le mariage reste un contrat civil, mais sa réglementation reste, sur de nombreux points, inspirée du droit canonique. Il conserve le divorce mais sous une forme moins libérale et l'encadre afin de prévenir les abus. Le divorce pour faute est préservé, accompagné de conditions limitées et pénalisantes pour les époux. Ainsi, il ne peut être demandé que dans quatre cas : l'adultère[90], l'excès, les sévices et injures graves[91], et la condamnation à une peine infamante[92].Le divorce pour incompatibilité d'humeur est supprimé, et le divorce par consentement mutuel est soumis à des conditions de fond et de forme destinées à empêcher les excès[93]. En outre, le code Napoléon rétablit la séparation de corps[94], « divorce des catholiques ». Quant à la puissance paternelle, elle se voit largement restaurée[95].

[90] Article 229 C. civ de 1804 : «*Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.* » Article 230 C. civ de 1804 : « *La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune*. »

[91] Article 231 C. civ de 1804 : « *Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre*. »

[92] Article 232 C. civ de 1804 : *« La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, sera pour l'autre époux une cause de divorce.* »

[93] Titre VI, Chapitre III, *Du divorce par consentement mutuel*, articles 275 à 294 C. civ de 1804

[94] Titre VI, Chapitre V, *De la séparation de corps*, articles 306 à311 C. civ de 1804

[95] Titre IX, *De la puissance paternelle*, articles 371 à 387 C. civ de 1804

3.La loi Bonald et l'abolition du divorce

L'indissolubilité du mariage se réaffirme pendant la restauration. Le divorce est devenu incompatible avec le catholicisme proclamé religion d'Etat « Poison révolutionnaire », le divorce est aboli par la loi Bonald du 8 mai 1816. La royauté de retour au pouvoir désire rendre au mariage toute sa dignité, dans le respect de la religion, des mœurs, de la monarchie et de la famille. Ce texte maintient six articles du code civil sur la séparation de corps, convertit en séparation de corps toutes les instances en divorce pendantes devant les tribunaux et met fin à tous les actes établis pour parvenir au divorce par consentement mutuel. Chaque époux a la possibilité de la demander pour sévices et injures graves, adultère ou condamnation à une peine infamante. En matière d'adultère, elle n'est prononcée que lorsque le mari a entretenu une concubine au domicile conjugal. Bien entendu, cette séparation de corps emporte celle des biens et les époux ont la possibilité d'avoir chacun leur propre domicile. En revanche, le mariage subsiste et empêche les époux séparés de pouvoir se remarier, tout en laissant la femme incapable. Cette dernière peut même se voir poursuivre pour adultère, alors que le mari est à l'abri de toute sanction de son infidélité, le domicile conjugal n'existant plus. Malgré tout, la protection de la femme par la séparation judiciaire, est plus étendue que celle de la séparation de fait, sans oublier que la jurisprudence a élargi la notion d'injure grave à l'adultère du mari, suivi de circonstances particulières telles que la publicité, l'abandon de famille, ou encore le refus de cohabitation ou de rapports sexuels. Le nombre de demandes en séparation de corps s'est accru dans la seconde moitié du XIXe siècle, notamment suite à la loi du 30 janvier 1851 relative à l'assistance judiciaire qui a ouvert ce recours aux plus démunis, et plus particulièrement aux femmes, mères de famille d'âge mûr, invoquant en grande partie des sévices, excès et injures graves. Le bouleversement sociologique des demandes en séparation de corps est assez surprenant, cette procédure étant au début du XIXe siècle ouverte plus spécifiquement aux notables, la loi du 30 janvier 1851 l'ouvre à une classe d'ouvrières et de domestiques. Cette importante progression de la séparation de corps a très certainement œuvré dans les changements de mentalité, au retour du divorce.

Pourtant, durant tout ce siècle, les partisans du divorce ont tenté à plusieurs reprises de le rétablir, et ce dès 1821, en présentant à la Chambre des députés, une pétition en sa faveur. Malgré le soutien de gens de lettres tels que George Sand ou bien encore Victor Hugo, les

juristes partisans du divorce restent peu nombreux. Il faut attendre Alfred Naquet qui, dès 1869, ne cache pas son avis favorable au rétablissement du divorce.

4.La délicate résurgence du divorce

A la fin du XIXème siècle, plusieurs arguments sont mis en avant lors des débats précédents l'adoption de la loi relative au divorce de 1884[96]. Les premiers concernent la notion de liberté de conscience. En effet, la majorité des français est catholique, ce serait une offense de rétablir le divorce. Les partisans de l'institution répondent que tous les français n'étant pas catholiques, c'est une offense que de les contraindre au mariage. De plus, ils relèvent que le divorce ne brise que le lien civil, et non le lien religieux. Une autre série d'arguments trouve son origine dans le bouleversement de la société. Pour les opposants au divorce, son introduction détruira le lien social qui est le fondement de la société, tandis que pour ses partisans, ce sont les unions illégitimes qui détruisent l'ordre social. En outre, le divorce est un phénomène urbain, alors que la société est à majorité rurale. La dernière série d'arguments découle de l'intérêt des enfants. Les partisans de l'indissolubilité estiment que les enfants de divorcés seront dans une situation tragique. Les défenseurs du divorce, pensent que leur situation ne sera pas plus alarmante que celle des enfants séparés de corps. La

[96] Le député Alfred Naquet tente de déposer plusieurs propositions de loi, afin de rétablir le divorce pour faute. La première fut rejetée par 254 voix contre 132 en juin 1876. Il persévère pour le rétablissement du divorce. Au début de l'année 1879, sa motion renouvelée et repoussée par la commission d'initiative, est prise en considération par la Chambre le 26 mai 1879. Cependant, malgré l'appui du rapporteur Monsieur Léon Renault, le divorce est de nouveau repoussé le 8 février 1881 par 247 voix contre 216. Il décide alors d'organiser la plus active des campagnes d'information sur cette question, et multiplie les conférences dans les plus grandes villes de France. Il parvient à rallier un grand nombre de partisans à sa cause, et présente sa troisième proposition de loi sur l'établissement du divorce en 1882. Un rapport sommaire de la première commission d'initiative ayant une nouvelle fois conclu à la prise en considération, le rapport définitif conclu à l'adoption le 14 mars 1884. Après un long et intéressant débat lors des séances des13, 15 et 17 mai, la Chambre vote en deuxième lecture, le projet de loi du député Naquet relatif à l'établissement du divorce par 336 voix contre 153. Les deux mêmes philosophies vont s'affronter : la tradition catholique contre l'esprit des Lumières. Après avoir été adoptée par le Sénat, la loi est promulguée le 27 juillet 1884 et publiée au Journal Officiel.

séparation de corps est à cette époque légale, et les disputes naissantes au sein des foyers ne garantissent pas pour autant un meilleur équilibre pour les enfants qu'une bonne séparation.

La loi du 27 juillet 1884 organise le divorce comme un régime d'exception. Elle admet trois causes déterminées de divorce : l'adultère de l'un ou de l'autre époux, la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante et les sévices, excès, injures graves de l'un des époux envers l'autre. Les deux premières de ces causes sont péremptoires. Le juge n'a qu'à les constater. Dès que la preuve est apportée, le divorce est de droit. La troisième est laissée à l'appréciation des juges. Néanmoins, la preuve de la faute reste indispensable. Le divorce sanction est définitivement accepté en droit français par ce texte, qui supprime toute différence entre l'adultère de l'homme et celui de la femme, mais maintient les dispositions pénales égalitaires. La conversion de la séparation de corps en divorce demeure et peut être demandée par l'un ou l'autre des époux après trois ans, tout en laissant la liberté au juge de la refuser. Le remariage entre divorcés est également possible, à l'exception de l'époux qui a contracté entre temps un nouveau mariage suivi d'un nouveau divorce. Mais le mariage entre le conjoint adultère et son complice reste impossible. Suite à la promulgation de cette loi, et pendant une courte période, de 1884 à 1888, le divorce est prononcé par l'officier d'état civil. Ce dernier ne détient aucun rôle décisionnel, il est seulement chargé de le prononcer. Après ce court intermède, le divorce sera de nouveau prononcé par le juge, laissant à l'officier d'état civil l'unique mission de le transcrire sur les registres de l'état civil.

Alfred Naquet regrettera que le divorce par consentement mutuel ne fasse pas partie des causes déterminées de divorce[97]. Pour lui, tout contrat doit pouvoir être résilié à tout moment lorsque les deux parties d'une convention consentent à l'annulation de celle-ci. Ainsi, quand des époux admettent qu'ils ont commis une erreur en se mariant, il est normal que le législateur leur permette de rompre leur contrat, tout comme la loi l'autorise pour toute autre convention. Sa déception sera d'autant plus grande pour le divorce unilatéral sans causes déterminées[98]. De même, elle est également incontestable, lorsqu'elle facilite la dissolution de « *ménages mal assortis* ». A l'époque, l'immixtion du juge au sein des familles ne pose pas de difficultés et est loin d'être abordée. En effet, personne ne soulève que la justice civile n'est pas adaptée à traiter ces conflits, et qu'un contentieux massif pourrait apparaitre. Malgré cette loi du 27 juillet 1884 limitée dans ses causes de dissolution du mariage, le nombre de divorces

[97] A. NAQUET, La loi du divorce, 1903, p.241
[98] A. NAQUET, La loi du divorce, 1903, p. 255 et 288

connaitra une augmentation considérable. La loi du 6 juin 1908 donne obligation au tribunal de convertir automatiquement la séparation de corps en divorce, même sur requête du conjoint coupable, et ceci, au bout de trois ans.

5.Un divorce dévalorisé sous le Régime de Vichy

Le législateur cherchera à lutter contre cette augmentation par la loi du 2 avril 1941. Le ralliement de l'Etat français à la devise « travail, famille, patrie » va affaiblir le divorce. Le législateur va justifier cette réforme du divorce par une importante campagne de dévalorisation de l'institution.

La loi du 2 avril 1941 s'inspire de différentes théories natalistes, conservatrices et catholiques des années 1930. Pour le gouvernement de Vichy, le divorce concerne en premier lieu l'Etat, puisqu'il fragilise la nation dans son ensemble. Ainsi, il ne se réduit pas qu'à la rupture du couple lui-même. Deux objectifs principaux régissent ce texte : la moralisation de l'institution laisse entrevoir un certain favoritisme pour la séparation de corps. Ce texte impose de nombreux délais de procédure qui se révèlent être de véritables obstacles au divorce, comme le montre l'interdiction de divorcer pendant les trois premières années de mariage[99]. Puis, la moralisation de la procédure de divorce a conduit le législateur à rendre obligatoire la tenue du procès en chambre du conseil.

La loi du 2 avril 1941 sera abrogée à la Libération par la loi du 27 mars 1946. Cependant, plusieurs dispositions resteront en vigueur au nom de la stabilité familiale, fondement de la reconstruction française.

[99] Ordonnance du 12 avril 1945 rapportant plusieurs dispositions de la loi du 2 avril 1941 sur le divorce en supprimant l'indissolubilité du mariage pendant les trois premières années, et rétablissant le système antérieur de conversion de la séparation de corps en divorce.

6.Les années 60 et la libéralisation du divorce

Dans les années 60 l'augmentation du nombre de divorces remet en question le cadre de la loi Naquet du 27 juillet 1884. En suivant les bouleversements législatifs des autres pays européens et les changements de mœurs des sociétés, les mentalités semblent beaucoup plus favorables à la libéralisation du divorce, même si ce sujet n'obtient encore pas un large mouvement de revendication. Suite à de nombreuses propositions parlementaires, le doyen Carbonnier est chargé en 1973 par le garde des Sceaux, de rédiger un projet de loi sur ce point, qui sera repris par le nouveau septennat et transformé lors des débats parlementaires, pour aboutir à la loi du 11 juillet 1975. Durant les discussions, la gauche a réclamé l'unification du divorce fondée sur une cause objective, en s'inspirant de la législation suédoise. Une partie de la droite, quant à elle, dénonce une forme de répudiation dans le divorce pour rupture de la vie commune ou altération des facultés mentales. Voté à une large majorité, le texte final sur la réforme du divorce de 1975 présente une pluralité de cas de divorce, particularité proposée par le doyen Carbonnier.

L'histoire du droit de la famille s'inscrit dans un débat moral et religieux, qui devra se transformer en débat d'organisation des procédures, permettant, par la même occasion, aux institutions de s'adapter. La laïcité s'affirme sur le catholicisme d'Etat et permet la continuité de l'évolution du droit de la famille

SECTION 3 : La spécialisation du juge et la concentration du contentieux

Au milieu du XXème siècle, la question de la spécialisation d'un juge chargé du contentieux familial devient prépondérante, face à l'incohérence de la justice en la matière. L'expérimentation de la chambre de la famille apportera certaines réponses (§1), contribuant à l'apparition du juge aux affaires matrimoniales, magistrat doté de pouvoirs limités (§2). Son expérience favorisera la création du juge aux affaires familiales, juge unique des conflits familiaux, détenteur de compétences plus élargies (§3).

§1 L'expérimentation de la chambre de la famille

Jusque dans les années 60, le contentieux familial est dispersé entre plusieurs tribunaux, perdant le justiciable. Face à cette confusion, les professionnels du droit créent une institution appelée « la chambre de la famille », qui est la première tentative de concentration du contentieux familial au sein d'une même juridiction. Cette nouvelle notion (A), tout comme son fonctionnement (B) dévoilent certains progrès en la matière. Mais cette création, qui ne sera que temporaire, amène quelques critiques (C).

A La notion de « Chambre de la famille »

L'idée des chambres de la famille est née au Japon. Leur conception et leur organisation se sont effectuées de 1947 à 1949. Cette notion a traversé plusieurs pays dont le Portugal. En France, aucun texte légal ou réglementaire n'est venu instituer les Tribunaux de la famille. Toutefois, dans plusieurs tribunaux se sont mis en place dans les années 1960 des Chambres de la famille. Seule une dépêche de Monsieur le Garde des Sceaux Foyer en date du 30 juillet 1965, à l'occasion de la mise en place de la Chambre de la famille de Lille, suggérait de « regrouper toutes les affaires touchant à la personne des mineurs dans une seule Chambre, de restituer toute leur portée à certaines dispositions du code civil et du code de procédure civile dont trop souvent la forme seule était encore respectée, de donner au juge chargé de suivre la procédure un véritable rôle d'instruction de l'affaire, et d'utiliser aussi largement que possible les méthodes individualisées des juges des enfants ; afin d'apprécier autant les intérêts propres des enfants que leur situation juridique.[100] » La première a été créée au tribunal de grande instance de Bordeaux en 1963.

Quel est leur but ? Leur objectif est de lutter contre la coexistence entre une protection civile trop organisée dans laquelle le juge dit le droit, et une protection spécialisée centrée uniquement sur l'enfant, où le juge des enfants examine dans le moindre détail sa situation familiale, afin d'entrer en douceur dans la mise en œuvre et le déroulement des procédures dédiées à l'enfant et à la famille, des informations peu critiquées et efficaces à la protection judiciaire spécialisée. Lors d'une conférence donnée au Palais de Justice de Paris en Février 1970 par Monsieur le Premier Juge des enfants Moline[101], celui-ci expliquait que la loi civile, l'organisation judiciaire et la procédure civile avec le maintien du principe du contradictoire étaient peu appropriées à la protection de l'enfance dans son milieu familial. Pour corroborer cet argument, il explique qu'en matière de divorce et de séparation de corps, l'enfant n'est qu'un accessoire. Les textes de loi énoncent précisément les effets du divorce ainsi que ses conséquences pécuniaires. Néanmoins, le sort de l'enfant est très peu évoqué. De plus, le divorce sanction d'une faute engendre un vrai combat judiciaire. Dans cette situation, la reconstruction d'un environnement serein pour l'épanouissement de l'enfant est loin d'être

[100] G. FEDOU, « *L'expérience française de la chambre de la famille* », Rev. Trim. Dr. Sanitaire et soc, n°25, Janvier-Mars 1971, p.26

[101] Revue Dialogue n°28, octobre 1970

d'actualité. Il faut également souligner le caractère accusatoire de la procédure, les parties étant dotées de la maitrise presque complète du procès et le juge n'ayant qu'un pouvoir modéré dans le suivi des affaires. Le coût du procès est aussi conséquent, les procédures étant longues, de par leur morcellement entre les mains de plusieurs magistrats. Enfin, depuis le décret du 23 décembre 1970, l'enquête sociale est prévue dans les procédures de déchéance, de retrait et délégation de la puissance paternelle.

Mais quelles sont les origines de cette institution (1), et quelle est sa mission (2) ?

1 Ses origines

La chambre de la famille a puisé ses origines dans le juge des enfants créé en 1945 et dans l'évolution de son institution depuis 1959. Au départ, ce juge était chargé de l'enfance délinquante et des délits mineurs. Il était également compétent, dans l'ambigüité des textes, en matière de vagabondage et de correction paternelle. Ces diverses compétences lui permettaient d'entrer dans la vie des familles et de s'immiscer dans les relations parents-enfants pour d'autres raisons que la commission d'une infraction. En outre, l'institution de la tutelle aux allocations familiales en 1946 introduisait le juge des enfants d'une manière différente dans la famille. La loi du 23 décembre 1958 a donné à ce juge une autre dimension à sa mission, puisqu'elle lui permettait de prendre des mesures éducatives toutes les fois que la santé, la sécurité, la moralité ou les conditions d'éducation du mineur âgé de moins de 21 ans étaient compromises. Une palette d'investigations était mise à la disposition du juge qui pouvait procéder à une enquête sociale, un examen psychologique, des examens médicaux, une étude du comportement ou encore des examens d'orientation professionnelle. Ces diverses investigations permettent au juge des enfants de s'impliquer plus en profondeur dans les conflits familiaux, d'affiner et d'affirmer sa formation et sa spécialisation. Parallèlement à l'essor du juge des enfants, les sciences humaines se sont également beaucoup développées et ont permis de clarifier un certain nombre de phénomènes. Plus ou moins de magistrats ont été appelés à les utiliser. La naissance des chambres de la famille permet aux juges des enfants de

collaborer constamment avec la juridiction pour enfant, et de rendre des décisions non contradictoires.

La coexistence de la législation sur l'assistance éducative et du divorce, la possibilité d'empêcher des contrariétés de décisions ou des chevauchements de décisions contraires ont contribué à la création de ces chambres de la famille ; il devenait nécessaire de mettre en place un texte législatif pour en préciser la fonction.

Pour cela, il fallait en premier lieu regrouper dans une même Chambre les affaires où l'enfant se trouve au centre du débat. Ainsi, peu importe l'angle procédural selon lequel l'affaire est traitée, elle sera toujours examinée par les mêmes magistrats. Il en va de même pour les procédures de divorce, puisque toutes les étapes seront soumises au même juge. En outre, l'inquiétude du magistrat étant la protection de l'enfant dans son milieu familial, son information sur l'enfant dans ce domaine doit être améliorée.

2 La mission de la chambre de la famille.

Son rôle n'est pas uniquement celui de veiller au bon déroulement de la procédure auprès des avocats et des avoués, il consiste aussi à se soucier du ralentissement de cette procédure qui ne doit pas aggraver la situation actuelle de l'enfant, compromettre sa santé, sa sécurité, sa moralité ou bien encore son éducation. Par conséquent, tout renseignement concernant d'autres procédures existantes ou des décisions antérieurement rendues, pénales ou civiles, quant aux parents ou à l'enfant doivent être le plus rapidement possible transmises aux magistrats de la Chambre de la famille. Enfin, l'utilisation des méthodes du juge pour enfant dans le cadre des procédures prévues par les textes doit être faite pour rapprocher le juge et le justiciable. La prise de contact entre le juge, les parties et leur entourage est importante, le magistrat ne pouvant plus se satisfaire de son dossier. Pour ce faire, l'accord des parties et de leur conseil est nécessaire. Ici, le juge doit poursuivre le travail des avoués et des avocats entrepris dans leurs cabinets, qui est celui d'amener les parties à une prise de conscience de leur situation réelle, de leurs droits et de leurs devoirs afin qu'ils assument pleinement leur drame familial. Il doit aussi faire comprendre et accepter la décision qu'il prend dans leur situation.

Le juge doit avoir un rôle actif. Il ne doit pas se satisfaire de statuer sur les dispositifs, les assignations et les conclusions, sans s'interroger sur les conséquences de la décision qu'il a prise. Aucun juge ne peut ignorer à quel point les enfants souffrent des dissensions et dissociations familiales suite aux problèmes non résolus du couple. Au centre du conflit, l'enfant devient un objet, et un instrument idéal pour atteindre l'autre, sans oublier que la procédure de divorce ne facilite pas l'apaisement des tensions.

Le domaine de la chambre de la famille n'est prévu par aucun texte. Ainsi, il varie en fonction de l'importance des juridictions et des magistrats qui les composent. Toutefois, des compétences communes peuvent être réunies. Par conséquent, la Chambre de la famille connait en matière civile de toutes les tentatives de conciliation avec ou sans enfant, des divorces et séparations de corps de ménages avec enfants et des conversions de séparation de corps en divorce de ces mêmes ménages, des procédures concernant les attributions de garde d'enfants, du droit de visite, des pensions alimentaires, d'adoption, de délégation et de déchéance de l'autorité parentale. En matière pénale, elle est aussi compétente pour les abandons de famille, les non-représentations d'enfant et les affaires où les mineurs sont victimes.

On n'observe aucune procédure propre à la Chambre de la famille et, il existe autant de procédures que de matières à traiter. Ce sont leur diversité, la manière dont elles sont appréhendées, l'esprit dans lequel elles sont exercées, qui forment leur unité. La procédure accusatoire domine dans ce domaine, laissant aux parties une très grande liberté dans la maitrise du procès. Cependant, l'enfant est le principal concerné par la dissolution du couple de ses parents. La procédure civile exercée ne permet pas d'offrir une protection de l'enfance efficace et d'appuyer les décisions sur une parfaite connaissance du conflit. Afin de sauvegarder au mieux l'intérêt de la famille et le devenir de l'enfant, la Chambre de la famille est un lieu approprié à la réinstauration du dialogue entre les parties.

B Analyse de leur fonctionnement

Leur mode de fonctionnement diffère plus ou moins suivant les chambres de la famille mises en place, suivant les juridictions.

Le concept de « chambre de la famille » a vu le jour en 1963 grâce à M. le président Martaguet, vice président du Tribunal de grande instance de Bordeaux. Face aux progrès des sciences sociales et psychologiques, le droit s'est trouvé de plus en plus confronté aux sciences humaines. Le juriste ne pouvant plus rester indifférent à ces nouvelles techniques, une Chambre du Tribunal de Grande Instance spécialisée en matière de droit familial, à titre expérimental, a été mise en place.

L'organisation de cette juridiction est réfléchie (1), donnant l'idée à d'autres tribunaux d'avoir la leur, possédant une composition identique (2).Ces chambres de la famille offrent un juge plus présent (3), lui permettant de mettre en pratique des techniques nouvelles (4). Les conseils des parties s'humanisent (5), et le parquet de cette juridiction détient une mission précise (6).

1 Une organisation réfléchie

Son organisation s'est basée sur deux notions : le « Regroupement horizontal » des affaires dont l'objectif est de réunir entre les mains des magistrats d'une même chambre l'ensemble des matières à caractère familial de la compétence civile du Tribunal de grande instance. La visée première de cette juridiction était la protection de l'enfance. Cette chambre partageait le contentieux des divorces et des séparations de corps de ménages ayant des enfants mineurs et les actions d'état intéressant l'enfant. Au fil du temps, elle est devenue la juridiction de la famille en général. Elle s'est vue chargée de la conciliation, puis, des divorces et séparations de corps de ménages sans enfant dans une optique de sauvegarde du couple et du lien conjugal. Elle gardait toutes les affaires de la compétence de la Chambre du

conseil telles que l'adoption, la déchéance de puissance paternelle, qui devaient être examinées sous l'angle humain et psychologique.

S'est ajoutée en parallèle de ce « regroupement horizontal », une « concentration verticale[102] », qui regroupait entre les mains des mêmes magistrats l'entier examen des procès, de leur commencement à leur fin. Toutes les tentatives de conciliation étaient accomplies par le président ou l'un de ses deux assesseurs, ils pouvaient également diligenter des enquêtes. Le président, lui, est le juge chargé de suivre la procédure.

On retrouve également ces notions de « regroupement horizontal » et de « regroupement vertical » dans l'organisation de la Chambre de la famille de Metz[103]. Ainsi, dans son « regroupement horizontal », cette juridiction rassemble toutes les procédures civiles et pénales présentant un caractère familial. En matière civile, elle est compétente pour les affaires de divorce, les séparations de corps et conversions de séparation de corps en divorce aussi bien pour les couples n'ayant pas d'enfants que pour les autres. Elle connait aussi des problèmes de garde d'enfant, de droit de visite, de pension alimentaire, de filiation, des déclarations judiciaires d'abandon, des délégations et déchéances de l'autorité parentale, des adoptions simples et plénières, des placements d'alcooliques dangereux et des recouvrements de frais scolaires. En matière pénale, sa compétence ne s'étend qu'aux délits. Ainsi, elle agit pour les abandons de foyers, les abandons pécuniaires de famille, les abandons moraux de famille, les non représentations d'enfants, les enlèvements d'enfants, les détournements de mineurs, les violences entre époux, les adultères et entretiens de concubine au domicile conjugal ou bien encore les violences et mauvais traitements à enfants.

Le critère de compétence de cette chambre n'est pas seulement l'intérêt de l'enfant, même si celui-ci peut être à la fois l'objet de l'instance et subir les répercussions du procès en cours de ses parents, c'est surtout l'intérêt de la famille en tant qu'institution qui est pris en compte.

Le « regroupement vertical » de la Chambre de la famille de Metz complète le « regroupement horizontal ». En effet, les magistrats de cette juridiction connaissent un véritable droit de suite sur les affaires qu'ils traitent. Un même litige revient devant les mêmes juges durant toute la procédure. Le divorce est un excellent exemple, puisque le président de la Chambre de la famille reçoit toutes les requêtes, puis distribue les affaires entre ses

[102] S. KIEFE, « *De la chambre de la famille, au juge aux affaires matrimoniales (JAM) et au juge aux affaires familiales (JAF)* », Gaz. Pal, 1993, II, doctrine, p. 838

[103] J. VOLFF, « *La Chambre de la famille de Metz* », Gaz. Pal, 1973, II, doctrine, p.504

assesseurs et lui. Puis chaque magistrat traite les affaires qui lui ont été confiées depuis la phase de conciliation jusqu'à la rédaction du jugement définitif, en connaissant parfois les référés et enquêtes civiles. La collégialité réapparaît lors de l'audience et du délibéré, mais le juge rapporteur est le seul magistrat à connaitre en profondeur l'affaire et les parties du litige. Cette organisation de la Chambre de Metz permet des procédures plus rapides, des affaires mieux instruites et la naissance de relations de confiance entre le juge et le justiciable.

2 Une composition identique

La composition de ces diverses Chambres de la famille créées dans plusieurs tribunaux de grande instance diffère en fonction de leur importance. Mais leur point commun est la collégialité. Cette collégialité comporte des magistrats spécialisés. Leur expérience permet de mieux appréhender les problèmes familiaux et éducatifs. Ils sont habitués aux conflits familiaux, connaissent non seulement les dossiers, mais aussi les personnes, pour avoir également vécu leurs discordes dans leurs bureaux. Ils manient aussi avec précision les techniques d'étude de ces affaires. Ils sont donc les mieux armés pour s'immiscer dans les conflits familiaux. Elle comprend également des magistrats non spécialisés. Eux, siègent dans les chambres civiles. Ce sont des magistrats d'expérience connaissant parfaitement la procédure civile.

A Bordeaux, on retrouve cette composition[104]. L'ensemble des juges apporte son concours aux juges des enfants du Tribunal. Cette organisation a permis de développer les contacts humains entre le juge et le justiciable. Une certaine proximité s'est établie entre eux, avec par exemple la tentative de conciliation en cours d'instance, ou bien encore l'audition des enfants avec l'accord des parents, en évitant de parler de la cause de séparation de ceux-ci.

Ainsi, à Metz cette collégialité est formée par quatre magistrats[105]. Une section pénale a été mise en place, présidée par le premier vice-président et juge d'application des peines. L'un des assesseurs est un juge des enfants, l'autre un magistrat de la Chambre de la famille, ancien juge des enfants. Deux sections civiles ont été créées. La première est présidée par le même

[104] G. FEDOU, « *L'expérience française de la chambre de la famille* », Rev. trim. dr. sanitaire et soc, n°25, Janvier-Mars 1971, p.26

[105] J. VOLFF, « *La Chambre de la famille de Metz* », Gaz. Pal, 1973, II, doctrine, p.504

magistrat qui a pour assesseur un premier juge et l'ancien juge des enfants qui siège aussi à la section pénale. Elle se consacre essentiellement aux affaires de divorce, de séparation de corps ainsi que des instances relatives aux mesures provisoires. En outre, elle connait des demandes de placement d'alcooliques dangereux comme indiqué précédemment, et des poursuites pour non paiement de frais scolaires. La seconde section civile est présidée par un vice-président, assisté des mêmes magistrats que la première section civile. Elle se consacre plus spécifiquement aux procédures de la Chambre du conseil dont les déclarations judiciaires d'abandon, les adoptions simples et plénières et les déchéances de l'autorité parentale. De plus, elle est compétente pour un certain nombre d'affaires de divorce et de séparation de corps ; d'affaires relatives à la filiation et pour quelques affaires concernant les mesures provisoires. Une audience supplémentaire est prévue pour les déclarations judiciaires d'abandon. Pour cela, un juge des enfants vient alors siéger comme assesseur pour remplacer le premier juge.

A Paris[106], le volume d'affaires à traiter étant conséquent, une seule Chambre de la famille ne suffit pas. L'idée prépondérante des magistrats parisiens était de donner à la Chambre de la famille toutes les affaires dans lesquelles le devenir de l'enfant est directement concerné. Ainsi, en matière civile, elle est compétente pour les procédures de déchéance, retrait, délégation de l'autorité parentale, les procédures tendant à la déclaration judiciaire d'abandon et aux contestations de placement en vue d'adoption, des procédures concernant l'attribution de la puissance paternelle des enfants naturels, des instances concernant le droit de garde après divorce ou séparation de corps, celles s'agissant du droit de garde et de visite. Elle connait aussi des référés concernant le droit de garde, visite et hébergement et la protection de l'enfance et enfin, des actions en séparation de corps ou en divorce. En matière pénale, elle ne s'occupe que des délits de non représentation d'enfant.

A Lille[107], la collégialité de cette Chambre de la famille est composée de trois magistrats. La présidence de cette juridiction est assurée par un ancien juge des enfants. Il est chargé de présider les audiences civiles et correctionnelles. Il doit tout autant assurer les référés d'ordre familial et procéder aux conciliations avec l'aide de ses deux assesseurs. L'un d'eux est, en même temps, le juge à la procédure de la chambre. De plus, chaque assesseur détient des attributions précises, telles que la commission de première instance de la Sécurité sociale, la

[106] Ibid
[107] C. ALLAER, « *L'expérience lilloise de la Chambre de la famille* », JCP, 1968, I, 2204

commission départementale d'appel de l'Aide sociale, la délégation afin de compléter le tribunal voisin. Au sein du tribunal, des liaisons internes ont été mises en place afin de pallier les multiples attributions de la Chambre. Ainsi, chacun leur tour, les juges des enfants se substituent à l'un des magistrats de la Chambre. Le plus expérimenté des juges des enfants est constamment présent dans les affaires de déchéance de l'autorité paternelle. La constante présence de ces juges pour enfants est essentielle, car elle « permet une intercommunication des dossiers des juges des enfants et de la Chambre de la famille. »

La Chambre de la famille connait les mêmes attributions. Ces attributions civiles consistent à connaitre de toutes les conciliations avec ou sans enfants, du divorce et séparation de corps avec enfants, de l'attribution de la garde d'enfants, du droit de visite, des pensions alimentaires, de l'adoption, de la délégation et de la déchéance de la puissance paternelle. L'ensemble des référés de ce contentieux est confié au Président de la Chambre. Quant aux attributions pénales, la Chambre lilloise fait preuve d'une grande originalité, puisqu'une chambre mixte a été créée afin de permettre aux mêmes magistrats de connaitre au pénal des difficultés d'exécution des décisions civiles qu'ils ont rendues[108]. Ainsi, elle connait des conséquences pénales des affaires civiles. Il peut s'agir d'abandon de famille, de non représentation d'enfant. En outre, elle connait des affaires où les mineurs sont victimes, comme les coups et blessures, les violences, les mauvais traitements à enfants, les mœurs ou bien encore les enlèvements. Elle est également compétente pour juger les jeunes adultes de plus de 18 ans déjà connus du tribunal pour enfants afin de perpétuer le travail entrepris par les juges des enfants.

3 Un juge plus présent

La Chambre de la famille permet au juge de jouer un rôle actif. La procédure inquisitoriale n'est pas utilisée. Néanmoins, le juge ne peut se satisfaire d'un rôle purement passif car sa mission ne serait pas menée à bien, il ne doit pas se contenter des seuls éléments d'appréciation qu'il détient, mais permettre au justiciable en situation d'infériorité de pouvoir également faire valoir ses droits. Il doit être dans une quête perpétuelle de la décision la plus adaptée au conflit qu'il traite. Il n'est pas seulement un pur juriste, chargé de trancher des

[108] Ibid

litiges, il est désormais un conciliateur ayant pour mission de régler au mieux les conflits qui se présentent à lui. Pour ce faire, des rapports directs avec les parties au litige sont primordiaux. La mise en place de ces rapports entre lui et les parties lui offre une meilleure analyse du litige qui les oppose, et permet d'obtenir le premier objectif de la chambre la famille qui est celui de dédramatiser les situations conflictuelles. En outre, ces magistrats qui composent la chambre de la famille doivent amener les parties à prendre les responsabilités que vont engendrer leur litige, leur proposer la solution la plus adaptée pour parvenir à un accord, et à défaut d'accord, leur faire admettre la décision prise par la chambre de la famille. Un dialogue est institué, en faisant appel aux techniques de l'entretien. Ainsi, l'audience de conciliation est une phase essentielle de la procédure de divorce. Elle permet de créer un climat de confiance, de laisser les parties s'exprimer librement et longuement, seules, puis ensemble et enfin avec leurs conseils. La comparution personnelle, quant à elle, est ordonnée à tout moment de la procédure, chaque fois qu'elle parait nécessaire. C'est ce qui se passe pour la Chambre de la famille de Metz[109].

A Lille[110], l'idée de concilier les parties est présente. Parfois, le juge est face à l'absence d'adversaire, qui ne lui permet pas de confrontation d'arguments et se trouve dans l'impossibilité d'avoir une quelconque influence sur le demandeur. Dans ce cas, lors de la procédure de divorce ou de séparation de corps, la présentation de la requête en divorce est faite par les auxiliaires de justice.

Une meilleure information des magistrats de la Chambre de la famille est également nécessaire. Le problème a été soulevé dans plusieurs juridictions. Ainsi, à Metz[111], pour connaitre les faits de la cause et la personnalité des parties, les magistrats de cette chambre constituent un dossier destiné au tribunal et non aux parties. En matière de divorce, à partir du dépôt de la requête, le président de la Chambre de la famille envoie automatiquement une demande de renseignements aux employeurs des époux, afin de connaitre leurs salaires et les avantages qui leurs sont versés au cours des trois derniers mois. Il arrive aussi, qu'il demande une enquête sociale auprès des services de police ou de gendarmerie ou encore auprès de l'enquêteuse de personnalité du tribunal. Puis, ce dossier est complété par les différentes procédures qui concernent la famille en question. Il peut s'agir de procédures se trouvant

[109] J. VOLFF, « *La Chambre de la famille de Metz* », Gaz. Pal, 1973, II, doctrine, p.504
[110] Ibid
[111] Ibid

devant le juge des enfants ou encore, devant le parquet. Ce dossier est ensuite communiqué aux parties pour une discussion contradictoire, et va permettre au juge conciliateur de prendre les mesures provisoires nécessaires, suivant les cas.

A Paris, l'information du juge est indispensable, car elle lui permet de connaitre le milieu dans lequel évolue l'enfant[112]. Il veille au bon déroulement de la procédure et s'assure que son ralentissement ne porte pas préjudice à l'environnement de l'enfant. Tout comme à Metz, tous les renseignements utiles concernant des procédures en cours sur une famille, sont transmis à l'ensemble des magistrats de la chambre de la famille. Cependant, lorsqu'il s'agit d'informations confidentielles exprimées par des enquêtes sociales ou des examens psychiatriques, leur transmission se fait dans l'intimité du cabinet du magistrat spécialisé. Ces éléments sont communiqués aux parents avec délicatesse et prudence par le juge ou leur conseil dans le cadre de la procédure.

L'information des magistrats est tout aussi importante à Lille[113]. Le magistrat conciliateur détient très souvent très peu d'information concernant l'enfant lorsqu'il doit statuer sur un droit de garde, de visite ou sur une pension alimentaire. L'enquête de l'article 238 du code civil n'intervient qu'après la conciliation. Il a été mis en place une enquête avant la conciliation. De plus, l'ensemble des documents concernant une même famille se trouve réuni dans un dossier, tout comme à Metz[114] et à Paris. Dès le dépôt de la requête, une liasse de six feuillets, imprimée en carbone, est tapée. Une fois rédigée, cette liasse est disloquée, et chaque feuillet à une destination bien précise. Le premier concerne une demande d'enquête sociologique destinée aux services de police ou de gendarmerie, accompagné d'un plan aide-mémoire détaillé. Cette enquête peut être complétée par l'assesseur, qui est en même temps le juge à la procédure de la Chambre. Il contrôle toutes les enquêtes, les fait compléter si nécessaire soit par le même enquêteur, soit dans un autre lieu Le deuxième est adressé au bureau d'assistance judiciaire dans le but d'envoyer une demande de photocopie des pièces du dossier d'assistance judiciaire, peu importe la décision du bureau. Le troisième feuillet est destiné au juge des enfants afin de l'informer de l'instance en divorce pour qu'il transmette les photocopies des dossiers qu'il a en sa possession, qu'ils soient en cours ou terminés. Le quatrième est donné au service des mineurs du parquet afin de connaitre les procédures

[112] G. FEDOU, « *L'expérience de la chambre de la famille* », Rev. trim. dr. sanitaire et soc, n°25, Janvier-Mars 1971, p.26
[113] C. ALLAER, « *L'expérience lilloise de la Chambre de la famille* », JCP, 1968, I, 2204
[114] Ibid

classées sans suite. Le cinquième est le projet d'ordonnance de non conciliation et le sixième feuillet est une fiche statistique en bristol. Ces deux derniers feuillets sont rangés dans le dossier du tribunal, qui sera transmis au juge conciliateur le jour de la conciliation. Sur ces feuillets, sont établies la date de la requête et la date prévue pour la conciliation. Ils sont ensuite classés avec les réponses au dossier de conciliation du tribunal. Par conséquent, au moment de la conciliation, le magistrat conciliateur est en possession d'un dossier complet contenant la copie des procédures et l'ensemble des renseignements épars des divers services du tribunal, sans oublier l'enquête de l'article 238 du Code civil. Lors de l'audience de conciliation, ce magistrat remplit les cinquième et sixième feuillets. A défaut de greffier, il note lui-même sur la fiche cartonnée les renseignements qui peuvent personnaliser l'affaire. Par un système de croix, il note la décision qu'il rend, le cinquième feuillet étant utilisé par le greffier pour rédiger l'ordonnance. Quant au sixième feuillet, qui est la fiche cartonnée, il est confidentiel. Il reste au bureau du juge chargé de la procédure, et est utilisé pour des recherches statistiques. Une copie de la requête et de l'ordonnance sont jointes au dossier de conciliation, qui est classé au greffe. Il est consultable en attendant d'être un élément du dossier du tribunal, après la mise au rôle. Ces informations ont l'avantage de pouvoir être transmises aussi bien à la formation pénale que civile. Ainsi, par exemple, le dossier civil de divorce est joint au dossier pénal d'abandon de famille afin d'informer le tribunal des personnalités auxquelles il est confronté. Inversement, une copie du dossier pénal, s'il en existe un, accompagne le dossier civil.

4 La pratique des nouvelles techniques psycho-sociales.

L'utilisation des techniques psycho-sociales et des travailleurs sociaux est courante auprès des magistrats, tout comme les services des travailleurs sociaux. A Metz[115], la technique de l'entretien est très pratiquée. Lors de la conciliation de divorce, il est possible que le juge envoie les époux consulter une conseillère conjugale. L'appel à un psychiatre est tout autant possible, sans oublier l'intervention d'un psychologue lorsque le juge doit statuer sur la garde de l'enfant. Point original du tribunal de Metz, une assistante sociale est présente au service social du tribunal pour enfant près la Chambre de la famille, et une enquêteuse de

[115] J. VOLFF, « *La Chambre de la famille de Metz* », Gaz. Pal, 1973, II, doctrine, p.504

personnalité est mise à sa disposition par le service d'application des peines. Ainsi, des enquêtes sociales ou des enquêtes de personnalité peuvent intervenir à n'importe quel stade de la conciliation et parfois même ultérieurement.

A Lille[116], l'utilisation de ces techniques est très courante. Mais de telles mesures, même si elles sont ordonnées d'office par le tribunal, ne peuvent être diligentées que si l'une des parties avance les frais. Elles peuvent être ordonnées à tout moment de la procédure. L'expert désigné est connu par le juge ou le tribunal. Connaissant la personnalité de l'expert ses particularités et ses réactions, la relation établie entre lui, l'expert et le juge permet une meilleure information, dont l'ensemble du tribunal peut bénéficier.

A Bordeaux, ces techniques sont systématiquement utilisées, surtout lorsqu'il s'agit de la sécurité de l'enfant. Afin de le préserver, et de le protéger d'éventuels troubles, une certaine discrétion est prise dans les motifs du jugement. Tout a été réfléchi et mis en œuvre pour dédramatiser les problèmes familiaux. Des techniciens des sciences humaines et des travailleurs sociaux sont sollicités dans l'exercice de cette méthode, notamment lorsque des enfants sont en cause et qu'il faut statuer sur le droit de garde, de visite et d'hébergement. Il est aussi possible de recourir à l'expertise psychologique et même psychiatrique, sans en abuser.

La Chambre de la famille de Paris fait preuve d'une certaine prudence quant à la pratique de ces techniques[117]. L'utilisation de l'enquête sociale en matière de divorce est timide. Néanmoins, dans les affaires complexes, un travail d'équipe a été mis en place. Ainsi, médecin, psychologue, assistante sociale peuvent intervenir et amener à une harmonisation des relations entre les parties sur leur attitude vis-à-vis de leurs enfant. Le travail du juge est ici facilité.

[116] C. ALLAER, « *L'expérience lilloise de la Chambre de la famille* », JCP, 1968, I, 2204

[117] G. FEDOU, « *L'expérience française de la chambre de la famille* », Rev. trim. dr. sanitaire et soc, n°25, Janvier-Mars 1971, p.26

5 Vers une humanisation des conseils

Avec l'apparition des Chambres de la famille, la mission de l'avoué et de l'avocat a pris une toute autre dimension. Il ne s'agit plus pour eux de défendre leur client à coup de grands talents oratoires, parfois au détriment des enfants. Il ne s'agit plus d'alimenter et d'envenimer un conflit, mais au contraire de l'apaiser. Pour cela, ils doivent établir des contacts étroits avec leur client, ainsi que des relations personnelles avec les magistrats, dans le but de mener à bien le règlement du conflit qu'ils ont à traiter. Par cette nouvelle mission, ils deviennent des intermédiaires indispensables entre le justiciable et le magistrat pour la Chambre de la famille, et seront à même de pouvoir guider le juge dans la décision qu'il devra rendre.

A Paris, les plaidoiries ont laissé place aux conversations et aux entretiens. Les parties peuvent être entendues directement en cours de procédure ou à l'audience. L'accord de leur conseil intervient après, suite à un échange, un dialogue ouvert et constructif où l'ensemble des difficultés de l'affaire est discuté et les solutions apportées mûrement réfléchies par les magistrats et les conseils des parties.

A Bordeaux, le rôle de l'avocat au sein de la Chambre de la famille a évolué[118]. Il doit être à l'écoute de son client. Il est suggéré que le premier entretien entre l'avocat et son client prenne plusieurs heures, afin que le conseil analyse précisément le conflit auquel il va être confronté. Les suivants doivent prendre autant de temps. A un moment de la procédure, il doit adopter une attitude d'ouverture afin de diriger utilement son client. Dans les affaires de divorce, lorsque la situation l'envisage, l'avocat doit mettre tout en œuvre pour réconcilier les parties. Si cette mission s'avère trop compliquée, il doit avant tout « dédramatiser » la situation pour leur permettre d'établir entre elles des relations saines, et ce, dans l'intérêt de l'enfant. Cette « dédramatisation » du conflit n'est obtenue que si le conseil de la partie adverse est sensible à ces questions et agit dans le but de préserver au mieux l'intérêt de l'enfant. Devant les magistrats, cet esprit de compréhension est indispensable dans ce genre d'affaire. Il doit être ressenti par les juges. Un contact direct entre le magistrat et les conseils permet une information plus précise du juge sur l'affaire à résoudre, et développe la

[118] S. KIEFE, « *La Chambre de la famille* », Gaz. Pal, 1969, II, doctrine, p.217

coopération des auxiliaires de justice. L'avoué tient un rôle identique[119]. Il est également un intermédiaire entre les parties et le juge. Ces attributions sont les mêmes que celles du conseil. Il reçoit son client, l'écoute et met tout en œuvre pour apaiser le conflit avec son confrère adverse. Tout comme l'avocat, l'avoué remplit sa mission de conseiller, compréhensif, chargé d'amener le justiciable à certaines réflexions sur ses droits et leurs limites, en fonction du litige à résoudre.

6 La mission du parquet au sein de la Chambre de la famille

Le parquet, gardien de l'ordre public, joue lui aussi un rôle important dans l'expérience de la Chambre de la famille. Il détient une fonction de coordination dans son ressort. En principe, un seul magistrat est spécialisé dans les parquets pour cette fonction. Il s'agit du substitut chargé des affaires de mineurs. Cependant, cette spécialisation n'est très souvent qu'une apparence, le service des mineurs est imposé au dernier magistrat nommé, n'ayant qu'une moindre importance, et ce dernier se voyant confier d'autres attributions prioritaires sur cette dernière, et sans aucun lien avec elle. En revanche, les affaires à caractère familial ne font pas partie de la compétence du substitut des mineurs. Elles sont distribuées à différents magistrats du parquet en fonction de divers critères.

A Metz[120], le substitut chargé des affaires des mineurs s'est vu confier aussi bien les affaires civiles que pénales, connues par la Chambre de la famille. Il connait les procédures d'enfance délinquante, d'assistance éducative et de tutelle aux prestations sociales, mais instruit également les dossiers de déclarations judiciaires d'abandon, de déchéances de l'autorité parentale, d'adoption, d'alcooliques dangereux, de recouvrement de frais scolaires, de tutelle des mineurs et de toutes les infractions commises par des majeurs, soit au détriment d'enfant, soit entre époux, ou encore en violation de décisions judiciaires en matière de garde d'enfants ou de pension alimentaire. De plus, il est aussi chargé des affaires administratives en lien avec la famille ou l'enfant, telles que les demandes de dispense en vue d'adoption en présence d'enfants légitimes, ou bien encore les demandes de conseils ou renseignements. Il porte la parole aux audiences du tribunal pour enfant ainsi qu'à celles de la Chambre de la famille.

[119] L. RIVIERE, « *La Chambre de la famille* », Gaz. Pal, 1970, II, doctrine, p.79
[120] J. VOLFF, « *La Chambre de la famille de Metz* », Gaz. Pal, 1973, II, doctrine, p.504

Enfin, il est désigné pour représenter le Parquet auprès de la Direction départementale de l'Action sanitaire et sociale de la Moselle et de l'ensemble des services sociaux du ressort.

Il concentre entre ses mains l'ensemble du contentieux de la famille et de l'enfance. Pour mener à bien sa fonction de coordination, il est aidé par le fichier central de la Chambre de la famille qui rassemble toutes les affaires civiles et pénales qu'elle traite.

Sa fonction de coordination des affaires de la famille permet au substitut des mineurs de connaitre des affaires de protection des incapables et de la famille. Il peut s'agir de la simple tutelle aux prestations sociales, de la déchéance de l'autorité parentale ou encore de poursuites pénales. Il a la possibilité de pouvoir donner toute orientation civile ou pénale à son action, de passer de l'une à l'autre et d'engager plusieurs procédures parallèles. De connivence avec les magistrats de la Chambre de la famille et les juges des enfants, le substitut détient toutes les facultés nécessaires pour établir une politique de la famille dans son ressort.

Cette protection de la famille, confiée à ce substitut peut être exercée à deux niveaux. Tout d'abord au niveau de la famille, par l'analyse de l'enquête sociale de gendarmerie, il est doté des informations nécessaires pour lui permettre de choisir la mesure de protection la plus adaptée à la situation de la famille en cause. Suite à ces mesures, il peut aussi engager des poursuites à l'encontre d'un des parents. Ces différentes mesures peuvent être modifiées tout au long de la procédure en fonction de l'évolution de l'affaire, vis-à-vis des nouvelles informations rapportées par les services sociaux ou par la police, ou bien encore vis-à-vis du juge des enfants. Le second niveau concerne un type de procédure précis qui est la déclaration judiciaire d'abandon. Dans ce cas, le substitut de la Chambre de la famille est saisi d'une demande formée soit par le directeur départemental de l'Action sanitaire, soit par un juge des enfants, ou encore par les personnes ayant recueilli les enfants en question. Il peut également engager cette procédure de sa propre initiative suite à un dossier d'assistance éducative communiqué dans une autre cause. Enfin, lorsqu'il est saisi d'une demande en déchéance de l'autorité parentale, il peut suite à l'enquête choisir la déclaration d'abandon. Cette mesure est plus radicale, moins choquante pour les parents et reste beaucoup plus facile à exercer.

En outre, le rôle du parquet a une toute autre dimension, puisque le substitut des mineurs doit être attentif à l'évolution de la législation et de la jurisprudence en la matière et s'assurer de leur bonne application. Cette politique de la famille appliquée dans le ressort judiciaire de Metz est réalisée en accord avec les juges des enfants et les magistrats de la Chambre de la

famille et en coopération avec l'administration, les associations familiales ou de protection de l'enfance.

Du côté de la Chambre de la famille de Lille[121], le rôle du parquet est le même. Un substitut des mineurs s'occupe des dossiers concernant la loi du 24 juillet 1889 relative à la déchéance et à la délégation des droits de puissance paternelle, pour lesquels une audience spéciale est consacrée. Un autre substitut est désigné afin de suivre principalement les affaires pénales, les dossiers d'assistance judiciaire et les dossiers d'adoption. Par ailleurs, des contacts fréquents existent pour l'ensemble des magistrats composant la Chambre de la famille.

C. Critiques des chambres de la famille

L'expérience des chambres de la famille est peu connue. Leur influence limitée a laissé peu de trace, les manuels y font d'ailleurs très peu référence. Les seules informations connues sur la pratique de ces chambres ont toutes été rédigées par des praticiens du droit, avocat, avoué, magistrat, ayant participé et contribué à leur mise en œuvre.

L'ensemble de ces expériences ont été personnalisées et appliquées en fonction de l'idée des magistrats. Même si les bases de leur organisation sont similaires, leur mise en œuvre diverge suivant les chambres. Cette mise en place est également liée au personnel dont dispose ces chambres de la famille. Il est bien évident que seules les grandes villes pouvaient se permettre d'organiser ce genre de juridiction, dotés de magistrats spécialisés pour ce genre d'affaires et pouvant consacrer plus de temps[122], les petits tribunaux manquant des personnes nécessaires pour profiter de cette expérience. Il est tout aussi difficile de suivre l'évolution de ces chambres et d'avoir des arguments plus nuancés. En effet, les discours les concernant sont très engagés, pourtant leur existence a été brève. Cette brièveté est de nature à poser un sérieux doute sur leur efficacité.

Plusieurs critiques peuvent être faites à leur encontre. Face au contentieux auquel elles allaient être confrontées, certaines chambres de la famille, dont celle de Lille[123], demandaient

[121]C. ALLAER, « *L'expérience lilloise de la Chambre de la famille* », JCP, 1968, I, 2204
[122]G. ALMEIRAC, « *Des conflits familiaux et de leur solution dans notre droit actuel* », Gaz. Pal, 1973, p.214
[123] Ibid

aux parties de bien vouloir avancer les frais pour que les techniques psycho-sociales puissent être diligentées et ce, même si elles étaient ordonnées d'office par le tribunal. Il est clair que l'examen de ces mesures engendrait un temps supplémentaire de travail pour les juges, et que le fait de demander aux parties d'avancer les frais avant tout examen psycho-social permettait de les dissuader de poursuivre la procédure, et donc d'éviter un afflux massif d'affaires.

En outre, dans l'optique de simplifier la procédure devant la chambre de la famille et de la rendre plus rapide, un système de circulation de l'information entre les différents juges de cette juridiction avait été créé pour éviter l'éclatement des juges. Les idées avancées sont ici excellentes, mais irréalistes. Le temps consacré à chaque affaire est déjà bien trop court. Si le magistrat doit également envoyer aux employeurs de chaque partie en cours de procédure de divorce, une demande de renseignements sur leur situation professionnelle, la perte de temps est, une fois de plus, considérable. De plus, est-il nécessaire que le problème familial qui concerne les seuls époux, soit porté à la connaissance de tiers ? Dans certaines chambres de la famille, un système de fiches a aussi été mis en place. Ce système généralisé de l'information est une nouvelle fois, une très bonne idée, mais il est possible d'émettre quelques réserves sur cette centralisation de l'information. Est-il inévitable que le juge chargé de statuer sur l'autorité parentale ait connaissances des problèmes pénaux de l'enfant ? Ne va-t-on pas un peu loin ?

Il faut aussi souligner que ces chambres de la famille ont été créées afin de faciliter le traitement des conflits familiaux devenus forts nombreux. Cependant, malgré tout ces efforts, ces derniers ont explosé, et l'apparition d'un afflux de petits dossiers a laissé place un contentieux de masse, aggravant le manque de temps pour les traiter.

Quant au parquet, étant déjà très occupé par la matière pénale, il ne dispose que de peu de temps pour examiner les affaires civiles.

De surcroit, il est demandé aux avocats d'apaiser les conflits et d'établir un climat de confiance entre le juge, les parties et eux-mêmes, ce qui est essentiel pour trouver une solution au litige. Cependant, il leur était suggéré à Bordeaux, de bien vouloir consacrer plusieurs heures à leur client lors du premier entretien et de leur accorder le même temps pour les entretiens suivants. Il est certain, que ces idées sont admirables, mais totalement utopiques dans l'exercice de la profession d'avocat. Il est impossible pour celui-ci de prendre plusieurs heures pour chaque client entre les audiences et la rédaction de conclusions, ou il court à sa

perte. Il ne peut donc pas se permettre un tel luxe. Par ailleurs, si les avocats devaient facturer au temps passé, cette facture deviendrait très vite exorbitante et seule une catégorie aisée de justiciables pourrait avoir accès à leurs services.

L'ensemble de ces idées est d'une grande qualité et permettrait, si la justice disposait des moyens nécessaires pour apporter le temps qu'il manque au traitement de chaque affaire, d'offrir au justiciable une justice familiale de meilleure qualité. Cependant, ces idées doivent être prises avec quelques réserves, notre justice étant loin de posséder ces moyens, des solutions moins onéreuses doivent être trouvées.

§2 L'apparition d'un juge aux pouvoirs limités dans les conflits familiaux : le juge aux affaires matrimoniales

Par la loi n°75-617 du 11 juillet 1975, entrée en vigueur le 1er janvier 1976, le législateur a fait preuve d'une réelle avancée en matière de droit de la famille, puisqu'il réforme toute la législation du divorce, et crée par la même, un juge spécialisé, le juge aux affaires matrimoniales, délégué à cette discipline. Sa mission est de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs et de concilier les époux[124]. Néanmoins, même si l'étendue de ses attributions et la multitude de ses rôles sont conséquents, ses compétences en la matière restent limitées.

Son apparition résulte de multiples réflexions. Sa compétence matérielle est le résultat de la spécialisation des juridictions. En effet, la mise en place de « chambre de la famille » instituées à titre expérimental dans plusieurs tribunaux en est le témoignage[125]. Doté d'une spécialisation plus poussée, le juge aux affaires matrimoniales parait être leur héritier, par sa compétence pour le divorce par consentement mutuel et l'après divorce. En outre, dans le but d'accélérer la procédure, le législateur a désiré créer un juge chargé du suivi de la procédure, puis un second juge chargé de la mise en état. Si la place de ce dernier et l'articulation de ses pouvoirs avec le tribunal dont il est issu, a suscité de nombreuses critiques, ce juge aux

[124] Article 247 alinéa 2 ancien C. civ : « *Un juge de ce tribunal est délégué aux affaires matrimoniales. Il est plus spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.* »

[125] S. KIEFE, « *De la chambre de la famille, au juge aux affaires matrimoniales et au juge aux affaires familiales* », Gaz. Pal, 1973, p. 838

affaires matrimoniales bénéficie de l'ensemble de ces réflexions. Enfin, désengorger les tribunaux est un objectif souhaité par ce texte. Pour cela, le législateur a substitué le juge aux affaires matrimoniales à la collégialité dans un large domaine.

Ainsi, le juge aux affaires matrimoniales est un héritier de toutes ces réflexions. Le droit de la famille est doté d'un juge spécialisé et par la même d'un juge unique, puisqu'il siège seul et qu'il est le juge exclusif du divorce. Il faut également souligner la concentration de ses pouvoirs, qui présente un avantage majeur. En effet, elle évite « l'éparpillement[126] » des compétences que le divorce connaissait jusqu'à la création de ce juge. Au commencement du procès, c'était le président qui recevait la requête et tentait la conciliation. Puis, cette compétence était transmise au tribunal, chargé d'instruire l'affaire et de la juger. Bien entendu, ce schéma se compliquait en pratique, par l'intervention du juge de la mise en état et du président statuant en référé ou par ordonnance sur requête, les problèmes de l'après divorce soumis au droit commun et traités par d'autres juridictions, sans oublier la difficulté des appels des décisions avant dire droit qui pouvaient avoir lieu à tout moment de l'instance. Le constat du nombre de magistrats intervenant dans une même affaire est surprenant. La lenteur des procédures et la méconnaissance des véritables problèmes par l'ensemble de ces magistrats expliquent la prise de mesures mal coordonnées entre elles et le mécontentement du justiciable. Les conjoints et les enfants ne pouvaient que souffrir du dysfonctionnement de ce système.

En outre, pour Monsieur Jean-Claude Kross, le législateur s'obstine à méconnaitre le conflit familial dans son ensemble. Les conséquences seront une dramatisation du conflit, la favorisation des manœuvres dilatoires ou dolosives et la méfiance vis-à-vis de l'institution judiciaire. Tenir compte de la globalité du conflit familial signifie nier le morcellement des compétences et confirmer la nécessité de doter le juge aux affaires matrimoniales de multiples artifices pour qu'il devienne un « véritable juge aux affaires de la famille.[127] ». Cet auteur estime que ce juge est « amputé » du pouvoir d'offrir une réponse appropriée et précise à des circonstances comportant des soupçons de violence pouvant mettre en péril un apaisement essentiel. D'autres auteurs, tels que le Professeur Benabent et l'avocat général à la Cour de cassation, Monsieur Lindon, admettent que ce juge aux affaires matrimoniales a l'opportunité de connaitre dans leurs moindres détails chaque dossier, et par la même les personnes au

[126] J.-C. GROSLIERE, « *Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme orchestre du divorce*) », D. 1976, chron. p. 73

[127] J.C KROSS, « *Familles éclatées, procédures dispersées* », Gaz. Pal, 1991,.II, doctrine, p.756

conflit, aussi bien dans leur personnalité que dans leur situation professionnelle. Ainsi, il détient tous les éléments essentiels pour trouver la solution la plus appropriée au litige.

Face aux maux des familles, la simplicité de saisine du juge aux affaires matrimoniales semble répondre à leurs besoins. Il apparait également comme une source de pacification et de dédramatisation du conflit familial. Grâce à l'ensemble de ses attributions, il a la capacité de pouvoir appréhender les conflits et d'être efficace dans la décision à prendre.

Ce juge détient l'exclusivité de l'instance du divorce (A), mais reste néanmoins subordonné à la collégialité au moment du divorce (B). Le législateur a également prévu des recours contre les décisions rendues par ce magistrat (C), qui verra ses compétences élargies par la loi n°87-570 du 22 juillet 1987, dite loi Malhuret (D).

A L'exclusivité de l'instance consacrée au juge aux affaires matrimoniales

La loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce est précisée par le décret n°75-1124 qui définit les attributions du juge aux affaires matrimoniales.

Tout au long de l'instance, le juge aux affaires matrimoniales est seul et exclusivement compétent depuis le dépôt de la requête jusqu'à la fin du procès pour le divorce sur requête conjointe[128]. Lors de la phase préliminaire, il se substitue au président du tribunal. Le législateur lui a donné compétence de façon directe et immédiate pour recueillir la requête initiale et donner permis de citer en conciliation. Afin de s'assurer que la procédure soit respectée, plus simple et moins onéreuse pour le justiciable, le système élimine l'huissier, et confie au secrétaire greffier du juge aux affaires matrimoniales d'effectuer la convocation des parties à l'audience de conciliation par lettre recommandée. Le législateur a voulu donner une autre dimension à la mission de ce juge du divorce en lui confiant un rôle de conseil juridique ou de pédagogue. En effet, cette convocation est accompagnée d'une notice informant les parties à l'instance des règles de la conciliation[129]. En outre, pour lui permettre de mieux

[128] Articles 20 et s. du décret du 5 décembre 1975
[129] Articles 252 à 252-3 ancien C. civ

connaitre les parties au litige et de faciliter sa compréhension du conflit, le juge aux affaires matrimoniales a la possibilité de se déplacer et de sortir de son ressort lors de la phase de conciliation[130]. A la fin de la tentative de conciliation, il appartient au demandeur d'assigner son conjoint par les voies habituelles devant le Tribunal de grande instance qui est normalement compétent. Cependant, l'article 4 du décret du 5 décembre 1975 prévoit que c'est le juge aux affaires matrimoniales qui est le seul à être compétent. Ce texte munit ce juge à la fois des pouvoirs du juge de la mise en état et de ceux du juge des référés. Ainsi, il peut intervenir soit en qualité de juge de la mise en état pour l'instruction normale de l'affaire, soit pour régler les problèmes urgents qui peuvent se poser en qualité de juge des référés. L'avantage est que lorsque le juge aux affaires matrimoniales statuera en tant que juge de la mise en état, il sera facilement accessible au justiciable et tranchera rapidement les litiges. Un grand nombre d'affaires d'une importance relative pourront ainsi être traitées. Il deviendra juge des référés uniquement pour les cas d'extrême urgence.

La jurisprudence a apporté quelques précisions dans ce domaine[131]. Il est fait appel au juge aux affaires matrimoniales en tant que juge des référés dans le but de solliciter auprès de lui des mesures qui s'avèrent indispensables. En effet, ces procédures d'urgence sont engagées soit au dépôt de la requête en divorce ou, antérieurement à la tentative de conciliation. Il en résulte que la compétence de ce magistrat peut être immédiate en tant que juge des référés, permettant la mise en place d'un système cohérent composé de deux procédures d'urgence exceptionnelles : la première est visée à l'article 1107 ancien du Code de procédure civile permettant l'assignation à jour fixe pour la tentative de conciliation, et la seconde est visée à l'article 1109 du même code qui permet d'abréger le délai de quinze jours fixé à l'article 1108 de l'ancien Code de procédure civile en sollicitant par voie de requête l'autorisation d'assigner à jour fixe. Ce système englobe également le recours au juge des référés qui constitue le droit commun.

Pour autant, le juge des affaires matrimoniales devra spécifier en quelle qualité il statue.

A cette double compétence, s'ajoute de nouvelles prérogatives qui contribuent à renforcer l'efficacité du juge aux affaires matrimoniales.

[130] Article 5 du décret du 5 décembre 1975

[131] C. LIENHARD, « *La compétence du juge aux affaires matrimoniales en tant que juge des référés entre le dépôt de la requête en divorce et la tentative de conciliation* », Recueil Dalloz Sirey, 1985, Chronique IV, p.15

En matière de divorce sur requête conjointe, l'article 26 du décret du 5 décembre 1975 permet à ce juge de consulter le notaire qui a préparé le projet de convention définitive réglant les conséquences du divorce. De cette manière, il pourra vérifier l'équilibre de la convention, le caractère judicieux des arrangements, pris par les époux, et par la même les conseiller.

Pour les autres cas de divorce, le juge aux affaires matrimoniales peut charger un notaire, ou un technicien de préparer soit un projet de liquidation du régime matrimonial, soit un projet d'organisation des mesures après-divorce[132]. Néanmoins, le juge s'occupe également de problème de liquidation et de répartition des biens qui, en principe, relèvent de l'art notarial. Ainsi, les lenteurs du contentieux de l'après-divorce sont diminuées. Cette nouvelle attribution des actes de liquidation accordée au juge permet d'atteindre ce résultat.

Cependant, cette accumulation de compétences entre les mains de ce juge présente des limites. A ce stade de la procédure, le décret du 5 décembre 1975 ne lui permet pas de rendre des ordonnances sur requête. Pourtant depuis le commencement de la procédure, il est doté de tous les pouvoirs du président. Ce refus de compétence a pour but d'assurer au juge aux affaires matrimoniales sa neutralité et aux parties une garantie contre l'arbitraire.

Cette restriction de compétence du juge aux affaires matrimoniales laisserait penser qu'après l'instruction, il n'intervient plus. Au contraire, il est de nouveau compétent au stade du jugement, mais dans certaines conditions.

B Un juge subordonné à la collégialité au stade du jugement de divorce

Il est clair, que tout au long de la procédure de divorce, le juge aux affaires matrimoniales détient une certaine indépendance dans sa prise de décision. Cette liberté va être considérablement restreinte au moment du jugement de divorce.

A ce stade de la procédure, le rôle du juge aux affaires matrimoniales se divise. Tout d'abord, lors du prononcé du divorce, c'est la formation collégiale qui décide de la rupture du

[132] Article 45 du décret du 5 décembre 1975

lien conjugal et de ses effets[133]. Cette compétence est restée au tribunal de grande instance, puisque cette juridiction est gardienne de l'état des personnes et de l'intérêt des familles. En l'occurrence, la compétence du juge aux affaires matrimoniales est écartée en matière de divorce pour faute et de divorce pour rupture de la vie commune. Cependant, l'article 247 alinéa 3 du Code civil (loi du 11 juillet 1975) apporte une exception au principe, puisque « *le juge aux affaires matrimoniales a compétence exclusive pour prononcer le divorce lorsqu'il est demandé par consentement mutuel.* » Pour le divorce demandé (ou accepté), le juge aux affaires matrimoniales constate qu'il y a eu double aveu des époux, et les renvoie devant le tribunal. Dans ce cas, le juge recueille les aveux, puis, il appartient au tribunal, en formation collégiale, de statuer. Ce même tribunal se borne à enregistrer la cause du divorce, acquise, et ne fera qu'en tirer les conséquences. Ici, la chambre chargée de prononcer le divorce, peut être composée de plusieurs juges aux affaires matrimoniales, et rien ne semble interdire de les réunir pour former une juridiction collégiale là où la loi continue de l'imposer.

La modification de la pension alimentaire doit aussi être soulignée. Il faut distinguer la pension alimentaire versée aux enfants, et celle attribuée à l'ex-conjoint. Celle de l'enfant ne pose aucune difficulté. En revanche, la pension alimentaire de l'ex-conjoint ne subsiste que dans deux hypothèses : la séparation du corps car le mariage subsiste et que le devoir de secours prend cette forme, et le divorce pour rupture de la vie commune, car malgré la rupture du lien matrimonial, le devoir de secours est maintenu. Dans les autres cas de divorce, la pension alimentaire n'existe plus. Afin d'éviter les problèmes de l'après-divorce sur ce point, le législateur l'a remplacée par une prestation compensatoire forfaitaire, pouvant prendre la forme de capital, versé périodiquement. Cependant, la révision de cette rente ne rentre pas dans les attributions du juge aux affaires matrimoniales.

Au cours de la procédure et même après la décision, le juge aux affaires matrimoniales reste le véritable juge des affaires du divorce, et de l'après divorce. Néanmoins, il est nécessaire de relever que même si l'importance des attributions qui lui ont été accordées est considérable, il reste dans trop de domaines subordonné à la collégialité. Il est un juge unique, créé pour répondre et résoudre les problèmes du divorce, mais restreint dans les cartes qui lui ont été distribuées dans son jeu. Le législateur craignait-il que ce juge devienne trop puissant dans ses pouvoirs de gestion des conflits familiaux ? Craignait-il qu'il soit submergé par le

133 Article 247 alinéa 1 ancien C. civ : « *Le tribunal de grande instance, statuant en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences.* »

rôle qui lui était confié et que cette contrainte l'empêche de prendre les décisions nécessaires ? Une chose est sûre, le législateur de 1975 n'était pas prêt pour la création d'un véritable juge de la famille. Le maintien de la collégialité lors du jugement de divorce permet d'assurer au justiciable la sécurité juridique, d'obtenir la décision la plus juste dont il a besoin pour pouvoir se reconstruire après une telle épreuve. Les effets du divorce étant toujours nombreux (garde et résidence des enfants, pension alimentaire, liquidation du régime matrimonial…), et les conséquences pouvant être parfois d'une certaine gravité, la collégialité permet de maintenir une prise de décision réfléchie. L'avis de plusieurs juges spécialisés dans le domaine offre une certaine réflexion et un conseil que le législateur ne peut exclure face aux difficultés qu'engendre l'éclatement de la famille Cette responsabilité concentrée entre les mains d'un seul homme était, en ce temps, inconcevable.

C Les recours possibles contre les décisions de ce juge du divorce

Ces recours diffèrent en fonction du divorce appliqué par les parties. Ainsi, pour les divorces contentieux, les recours sont plus ouverts (1), contrairement aux divorces consentis (2), le législateur ayant mis en place un mécanisme de recours particulier s'agissant du divorce accepté, et ne permettant que l'appel pour le divorce par consentement mutuel

1. Les divorces contentieux

Le domaine des divorces contentieux concerne le divorce pour faute et le divorce pour rupture de la vie commune. Le domaine de l'appel semble restreint dans la phase préliminaire, aussi bien pour l'ordonnance rendue sur la requête initiale que pour l'ordonnance prise après la tentative de conciliation.

En ce qui concerne l'ordonnance rendue sur la requête initiale, l'article 37 du décret du 5 décembre 1975 dispose que « l'ordonnance ne peut faire l'objet d'aucun recours. » Malgré le sens strict du texte, il est possible de supposer que le demandeur puisse critiquer la décision dans deux hypothèses : pour incompétence ou irrecevabilité, il est possible que le

juge refuse d'autoriser le demandeur à citer son conjoint en conciliation. En pratique, cette solution ne serait pas conforme à la jurisprudence antérieure. Soumettre ce genre de décision au juge du deuxième degré ne peut être prohibé. De plus, suite à ce refus, il est également envisageable que le juge ait ordonné des mesures d'urgence inadéquates, ou au contraire ait refusé de les ordonner. Le demandeur pourrait exercer une action en référé. Cependant, il se retrouverait confronté au magistrat qui a déjà jugé. Il pourra aussi attendre la tentative de conciliation, malgré l'urgence. Ces situations permettent un débat entre les parties et d'éclairer le juge dans sa prise de décision.

Au moment de la conciliation, le décret précise que « l'ordonnance rendue en application des articles 39 et 40 est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours mais seulement quant à la compétence et aux mesures provisoires. [134]» A contrario, l'ordonnance prononçant l'ajournement de la tentative de conciliation n'est pas susceptible d'appel, tout comme l'ordonnance autorisant l'un des époux à assigner immédiatement, malgré l'absence de l'autre.

Lors du déroulement de la procédure, il a déjà été précisé que le juge aux affaires matrimoniales pouvait intervenir, soit en qualité de juge des référés, soit en qualité de juge de la mise en état. Si son intervention se fait en tant que juge des référés, ses ordonnances seront susceptibles d'un recours en appel. En revanche, s'il intervient en tant que juge de la mise en état, la jurisprudence s'applique, aucun recours ne sera possible contre les actes d'administration judiciaire, les convocations, les injonctions et l'octroi de délai. Cependant, un principe subsiste concernant les mesures provisoires ordonnées en matière de divorce, qui sont susceptibles d'appel dans les quinze jours de leur signification[135].

Le même délai est prévu pour l'appel dirigé contre les ordonnances intervenues dans les problèmes de l'après-divorce[136]. Ainsi, le domaine de l'appel est déterminé, tout comme celui de l'opposition.

Sur ce point, le législateur a tenté de limiter les retombées dommageables du défaut de comparution de l'une des parties à l'instance, et a, par conséquent, réduit les cas d'opposition.

[134] Article 41 du décret du 5 décembre 1975

[135] Article 776 CPC de 1975. C'est toujours le cas aujourd'hui : « *Les ordonnances du juge de la mise en état sont susceptibles d'appel dans les quinze jours à compter de leur signification, lorsqu'elles ont trait aux mesures provisoires ordonnées en matière de divorce ou de séparation de corps.* » Article 776 alinéa 3 CPC

[136] Article 19 du décret du 5 décembre 1975

Ainsi, ce recours ne peut être exercé contre les ordonnances de référés[137] et contre les ordonnances de la mise en état[138]. Le juge aux affaires matrimoniales étant amené à porter l'une de ces deux casquettes lors de la procédure de divorce, ces règles s'appliquent donc à lui. Ce n'est qu'au commencement de la procédure que le souci de l'opposition peut apparaitre. L'ordonnance rendue sur la requête initiale, résultant d'une initiative unilatérale ne peut faire l'objet d'un jugement par défaut. Un mécanisme a été mis en place par le législateur afin de permettre au juge d'entendre lui-même le demandeur ou de le faire entendre[139]. Enfin, pour échapper à la paralysie de la procédure, le juge aux affaires matrimoniales peut assigner le défendeur au fond, même si l'autre époux a été absent à l'audience[140]. Cette décision ne peut pas faire l'objet d'un recours en appel. L'article 38 du décret du 5 décembre 1975 permet au secrétaire greffier d'effectuer la convocation qui est signifiée, non plus par l'huissier de Justice, mais par lettre recommandée avec accusé de réception, confirmée par l'envoi d'une lettre simple. Pour l'exercice des voies de recours, la difficulté est de savoir si l'époux concerné a signé ou non l'accusé de réception. S'il l'a signé, celui-ci a été cité à personne et l'opposition n'est pas possible, dans le cas contraire, l'opposition lui sera ouverte.

Les règles générales de qualification des jugements susceptibles d'opposition associées au mécanisme de la convocation des parties en matière de divorce permettent de diminuer les cas d'opposition. En l'occurrence, à ce stade de la procédure, l'opposition aura le privilège de permettre aux parties une tentative de conciliation. En revanche, le problème des mesures provisoires fera l'objet d'un recours par la voie de l'appel.

[137] Article 490 CPC
[138] Article 776 alinéa 1 CPC
[139] Article 19 du décret du 5 décembre 1975
[140] Article 40 du décret du 5 décembre 1975

2. Les divorces consentis

Il s'agit du divorce accepté, et du divorce par consentement mutuel, pour lesquels les recours diffèrent, le législateur ayant choisi de limiter les recours, pour ces procédures consenties par les parties.

Concernant le divorce accepté, il est principalement fondé sur la volonté des époux à vouloir divorcer. Pour ce cas particulier, le décret du 5 décembre 1975 est doté d'un mécanisme bien particulier ayant des conséquences sur les recours exercés.

C'est le cas pour l'opposition. Le juge aux affaires matrimoniales adresse au défendeur une lettre avec accusé de réception, afin de lui transmettre la requête initiale et le mémoire du défendeur, puis une deuxième lettre pour le citer en citation[141]. Si ces courriers ne parviennent pas au destinataire, ledit défendeur n'est donc pas cité à personne, et le recours à l'opposition lui est ouvert. Cependant, il est nécessaire que le défendeur se manifeste afin que l'échange des consentements puisse avoir lieu dans ce genre de procédure de divorce[142]. S'il ne se présente pas, il est impossible pour le juge de recueillir les aveux nécessaires. La procédure ne peut donc pas se poursuivre. Dans ce cas, le juge ne peut pas prendre une ordonnance faisant grief au défaillant. Par conséquent, l'opposition n'a aucune raison d'être.

Qu'en est-il de l'appel ? Il est possible au moment de la requête initiale. Le juge peut l'estimer irrecevable au motif par exemple que le mémoire décrivant la situation des parties n'est pas pertinent. Pour les divorces contentieux, le demandeur doit pouvoir interjeter appel de cette décision qui l'empêche d'exercer son droit de demander le divorce et donc de choisir cette forme de divorce. Il ne peut se trouver dans l'impossibilité de l'exercer que lorsque l'autre partie peut rejeter expressément ou tacitement le mémoire « introductif »[143]. Ici, la procédure ne peut se poursuivre.

La difficulté de l'appel se pose également lors de la conciliation. L'article 63 du décret du 5 décembre 1975 renvoie aux articles 39 et 40. Deux hypothèses sont à analyser ici. Si le juge aux affaires matrimoniales décide de rendre une ordonnance d'ajournement, est-elle susceptible d'appel ? Le texte ne dit rien sur ce point. Quant aux règles communes, tel que

[141] Article 38 du décret du 5 décembre 1975
[142] Article 61 du décret du 5 décembre 1975
[143] Article 61 du décret du 5 décembre 1975

l'article 41 dudit décret, elles ne permettent pas l'appel dans cette circonstance. On peut supposer qu'une éventuelle réconciliation dans le cadre du divorce accepté soit assez évidente pour que l'ajournement ne soit pas reconsidéré.

En outre, lorsque le juge a obtenu les aveux, il rend une ordonnance de renvoi. Un appel de cet acte est prévu[144]. Il pourra être exercé contre les décisions accessoires relatives aux mesures d'instruction et contre la décision constatant « le double aveu » et renvoyant devant le tribunal. Un tel appel peut intervenir pour deux raisons, soit parce que l'un des époux remet en question l'exactitude et le contenu des aveux recueillis, et qu'il désire les contester avant qu'ils soient acquis pour le tribunal, soit parce que l'un des époux n'estime pas que ces aveux manifestent l'impossibilité de maintenir le mariage. Ainsi, cet appel révèlera soit une volonté de réconciliation, soit un conflit d'interprétation qui laisse présager de minces chances de réussite du divorce accepté.

Pour le divorce sur requête conjointe, le consentement commun des parties à vouloir divorcer exclut toute éventualité de défaut et d'opposition.

Le recours en appel pour ce type de divorce met en cause le pouvoir de contrôle du juge par rapport au consentement des époux. Pour cela, l'article 34 du décret du 5 décembre 1975 prévoit qu' « à l'exception de celles qui homologuent les conventions des époux ou qui prononcent le divorce, les décisions du juge aux affaires matrimoniales sont susceptibles d'appel. » Ce texte vise à la fois le principe de la rupture et ses conséquences. Par conséquent, l'appel ne peut pas être exercé à l'encontre d'une décision qui prononce le divorce. A contrario, la décision qui ne prononce pas le divorce et déboute les parties définitivement, est susceptible d'appel. Ici, le texte ne veut pas soumettre les parties à la volonté souveraine du juge aux affaires matrimoniales, et laisse leur volonté commune gagner dans ce cas de divorce.

Qu'en est-il des décisions qui homologuent les conventions des parties ? Elles ne concernent que les hypothèses dans lesquelles le juge compte faire modifier par les époux leur convention définitive ou temporaire. L'article 32 du décret du 5 décembre 1975 précise que le juge peut refuser d'homologuer, de prononcer le divorce et ajourner par ordonnance sa décision. En parallèle, l'article 34 du même texte dispose que cette décision est susceptible d'appel. Il est

[144] Article 64 alinéa 2 du décret du 5 décembre 1975

nécessaire de laisser une chance aux époux de convaincre la juridiction d'appel que ce déséquilibre est bien réfléchi.

Enfin pour la convention temporaire, le juge aux affaires matrimoniales a la possibilité de la faire modifier[145]. Le texte ne vise que l'intérêt des enfants et le pouvoir d'appréciation du juge doit l'emporter sur la volonté des époux.

La tierce opposition est un autre recours qui peut intervenir dans le cadre du divorce sur requête conjointe. Selon l'article 585 du nouveau code de procédure civile, « tout jugement est susceptible de tierce-opposition si la loi n'en dispose pas autrement », cependant, ni la loi du 11 juillet 1975, ni le décret du 5 décembre 1975 ne contiennent des dispositions sur cet aspect de procédure. A l'inverse, l'article 8 de la loi du 11 juillet 1975 permet de s'interroger, puisqu'il ajoute à l'article 1397-1 du code civil que les dispositions de l'article 1397 ne sont pas applicables aux conventions passées entre les époux en instance de divorce. Pourtant, in fine, ce texte relatif au changement de régimes matrimoniaux prévoit la tierce-opposition. Or, le prononcé du divorce et la convention qui en structure les conséquences forment un tout indivisible. Il est compréhensible que les tiers puissent critiquer le règlement pécuniaire, en revanche, il ne peut être toléré qu'ils s'intéressent au principe de la rupture. Ces deux notions sont indissociables l'une de l'autre, prohiber la tierce-opposition aux tiers parait nécessaire.

D. L'élargissement des compétences du juge aux affaires matrimoniales par la loi du 22 juillet 1987

Ce texte vient compléter la loi du 4 juin 1970, relative à l'autorité parentale qui remplaçait la toute puissance paternelle par un partage de l'autorité parentale de l'enfant entre les deux parents. Néanmoins, dans cette loi, même si le couple divorçait et que la mère obtenait la garde l'enfant, le père restait maitre de toutes les décisions à prendre concernant l'enfant. La situation était tout aussi absurde pour les enfants naturels, puisque seule la mère détenait l'autorité parentale, même si le père avait reconnu l'enfant. Cette loi était un grand progrès pour les couples mariés, qui désormais se partageaient l'autorité parentale (devoir de

[145] Article 25 du décret du 5 décembre 1975

garde, de surveillance et d'éducation de l'enfant). Cependant, elle méconnait la famille naturelle et la famille divorcée.

Face aux changements de mœurs, au développement du concubinage, à la multiplication des divorces, au nombre croissant d'enfants naturels, cette loi va s'avérer complètement lacunaire, face aux besoins qu'exigent ces nouvelles familles.

La loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, dite loi Malhuret, vient remédier à ce dysfonctionnement en créant le principe de la coparentalité[146]. Cette nouvelle notion doit être appliquée au divorce. Ainsi, lorsque les parents divorcent, l'autorité parentale sera exercée en commun, ou seulement par l'un des deux lorsque l'intérêt de l'enfant le commandera.

Ce texte élargi le domaine de compétence du juge aux affaires matrimoniales[147]. Désormais, il aura l'obligation de désigner le parent chez qui l'enfant aura sa résidence principale. Mais surtout, grâce à cette loi, il est le seul compétent après le prononcé du divorce, peu importe la cause, pour statuer sur les modalités de l'autorité parentale et sur la révision de la pension alimentaire. Il est également compétent pour décider de confier les enfants à un tiers[148]. De plus, même si ce texte insiste sur la nécessité d'entendre l'enfant de plus de 13 ans, sans pour autant rendre cette audition obligatoire, le juge aux affaires matrimoniales peut s'en dispenser. Cependant, le recours à la résidence alternée n'est toujours pas admis.

De plus, s'agissant des magistrats de la famille, en incitation au recours à l'exercice conjoint de l'autorité parentale en cas de divorce, en limitant leur contrôle dans le cas de la déclaration conjointe et en réaménageant les compétences juridictionnelles, la loi donne aux juges, et notamment au juge aux affaires matrimoniales et au juge des tutelles, un rôle régulateur dans l'attribution de l'autorité parentale et dans ses conflits d'exécution. Ainsi, l'ancien article 287 du code civil dote le juge du divorce de pouvoir mettre en œuvre l'exercice en commun de l'autorité parentale[149]. Pour cela, il doit recueillir leur avis. Dès lors, dans l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires matrimoniales, suivi du juge du divorce peuvent imposer

[146] M.-L MORANCAIS-DEMESTER, « *Vers l'égalité parentale* », D. 1988, chr. 7

[147] F. BASTIEN-RABNER, « *Le charme discret de la loi Malhuret (Une reconnaissance imparfaite du droit de l'enfant à l'égalité parentale)* », JCP 1992, I, p.3613

[148] S. KIEFE, « *De la chambre de la famille, au juge aux affaires matrimoniales (JAM) et au juge aux affaires familiales (JAF)* », Gaz. Pal, 1993, II, doctrine, p. 838

[149] M.-F NICOLAS-MAGUIN, « *Pouvoir du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987* », D. 1988, chr. 307

l'exercice conjoint de l'autorité parentale et rappeler tacitement aux conjoints désunis leur communauté parentale.

Concernant les familles naturelles, l'autorité parentale sur les enfants naturels est modifiée. Désormais, les pères et mères, vivant ou non ensemble, ont la possibilité d'exercer l'autorité parentale en commun, lorsqu'ils se sont mis d'accord. Pour cela, ils doivent présenter une demande conjointe au juge des tutelles[150].

La loi Malhuret, présentée par le secrétaire d'Etat aux droits de l'homme a été critiquée par la doctrine. Le « quasi-contrat » qu'elle présentait de façon très engagée n'a pas eu le succès escompté auprès des concubins et n'est pas parvenu à régler les conflits provoqués par une séparation.

[150] Article 374 alinéa 2 ancien C. civ

CHAPITRE 2 : Un juge pour les affaires familiales : le juge aux affaires familiales

Dix ans après la création du juge aux affaires matrimoniales, un groupe de travail consacré au contentieux familial fut créé par le Garde des sceaux de l'époque, présidé par le Premier président de la Cour d'appel d'Angers, Claude Allaer, et composé de plusieurs avocats. Une idée essentielle et primordiale ressort, le besoin de remettre entre les mains d'une juridiction unique le cœur du contentieux familial.

La création d'un nouveau juge de la famille est justifiée par la réelle prise de conscience de la spécificité du contentieux familial[151]. Ce juge unique et spécialisé sera un intermédiaire privilégié du groupe familial en pleine crise, reflétant les écritures de la doctrine exprimant que la famille était « un ménage à trois : le mari, la femme et le juge[152] ». En outre, le conflit familial laisse apparaitre une multiplicité de compétences, et sa dispersion entre les mains, à la fois, de plusieurs juridictions collégiales et d'un juge unique dévoile une cause d'instabilité vis-à-vis du juge compétent et une difficulté conséquente face à l'imbrication des procédures. En effet, des contradictions entre deux juridictions saisies concurremment ou successivement peuvent se manifester, comme pour le juge aux affaires matrimoniales après le divorce et le juge des enfants en matière d'exercice de l'autorité parentale, une certaine perte de temps est également à souligner, tout comme l'utilisation de procédés dilatoires. Une illustration de cette dispersion des compétences et de cette imbrication des procédures révèle la réalité du problème. Pour un couple en cours de séparation, le juge des tutelles peut agir dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, le juge d'instance au titre de la contribution aux charges du mariage, le président du Tribunal de grande instance pour la mise en péril des intérêts de la famille, le juge des enfants pour l'assistance éducative. Le justiciable est

[151] J.-P GRIDEL « *Le juge aux affaires familiales* », Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?, Dalloz Thèmes et Commentaires, 1996, p.53

[152] R. CABRILLAC, Droit des régimes matrimoniaux, édition Montchrétien, (7ème édition), 2011, p.18

désorienté par l'intervention de chacun de ces différents acteurs, investis d'une mission bien précise, et par la technicité de la procédure du conflit familial.

Suite à la remise par la Commission Allaer le 18 mars 1988 de son rapport, les désavantages résultant de la pluralité des juridictions, mettant en péril la bonne résolution des conflits familiaux, sont montrés du doigt. La solution apportée est la mise en place d'un nouveau juge aux affaires familiales qui serait en même temps, juge de la famille et juge du patrimoine familial. Le Conseil d'Etat, par le Biais de son rapporteur Monsieur Paul Bouchet, avait souhaité en mai 1990 une réforme du contentieux familial, permettant à l'institution judiciaire de « clarifier et simplifier ses modalités d'intervention. » Ce souhait fût exaucé.

La ratification par la France de la Convention Internationale des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 octobre 1989 et entrée en vigueur le 2 octobre 1990, a permis au droit français de s'adapter à l'évolution des familles. Ainsi, est apparue la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales. Il remplace le juge aux affaires matrimoniales depuis le 1er février 1994.

Son changement d'appellation est à souligner puisque désormais, le contentieux dont devra s'occuper ce juge comportera la vie conjugale autant que la vie familiale, mais également le sort de l'enfant naturel autant que le sort de l'enfant légitime, ainsi nommé avant la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. L'étendue de ses compétences a été largement modifiée, puisqu'il est désormais un véritable juge du divorce. Néanmoins, il n'est doté que de l' « essentiel[153] » du contentieux de la famille, et non de son entier. De plus les compétences antérieures n'ont pas totalement disparu avec la loi du 8 janvier 1993, puisque celles du tribunal de grande instance, du juge des enfants ou bien encore celles du juge des tutelles existent toujours. Seul le juge d'instance est dépossédé des siennes et quitte le contentieux familial, tout comme le juge aux affaires matrimoniales.

[153] V. LARRIBAU- TERNEYRE, « *Le juge aux affaires familiales. (Commentaire de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 instituant le juge aux affaires matrimoniales et du décret d'application n°94-42 du 14 janvier 1994)* », D 1994, p.141

Nonobstant cette carence, il se trouve dépassé par ses attributions, les dossiers à examiner ne cessant d'augmenter. Le législateur décide d'insérer dans la législation française des modes alternatifs de règlement des conflits, et notamment la médiation familiale afin de faciliter son travail. Elle met en scène une tierce personne, dotée de qualités spécifiques, chargée de rétablir le dialogue entre les parties au litige, pour les amener à discuter de leur différend et à apporter une solution à ce dernier. Cette déjudiciarisation de la matière se prolonge par de multiples propositions, toujours dans le même objectif.

Le domaine des contentieux familiaux est très vaste, d'où la difficulté de le mettre entre les mains d'un seul magistrat, ce juge aux affaires familiales n'est donc pas le seul à intervenir, d'autres juges dotés d'attributions précises pouvant s'immiscer en la matière, comme le juge des enfants et le juge des tutelles. Ainsi, il peut être conduit à travailler avec ces derniers afin de protéger au mieux l'intérêt de l'enfant, objet de l'affaire commune qu'ils ont à traiter main dans la main.

Ainsi, le cœur du contentieux familial est remis entre les mains d'une juridiction unique (S1). Mais la recrudescence des conflits familiaux dévoile un juge complètement dépassé (S2), même s'il collabore avec d'autres magistrats chargés d'attributions différentes des siennes (S3).

Section 1 : Le cœur du contentieux familial remis entre les mains d'une juridiction unique

Le regroupement de ce contentieux familial se poursuit par la naissance du juge aux affaires familiales, magistrats aux compétences élargies (§1), et s'oriente vers une unification progressive du contentieux familial (§2)

§1 L'institution d'un juge unique des conflits familiaux aux compétences élargies : le juge aux affaires familiales

Par celle loi, le législateur démontre sa volonté de regrouper le contentieux familial entre les mains d'un seul juge (A), lui offrant une certaine autonomie juridictionnelle (B). Néanmoins un manque d'unification des procédures persiste (C), qu'il estompe depuis le début du XXIème siècle (D).

A La volonté de regroupement du contentieux familial entre les mains d'un seul juge

Même si un effort considérable de regroupement du contentieux familial entre les mains de ce juge aux affaires familiales est nettement remarquable, la loi du 8 janvier 1993 a presque suivi dans l'ensemble les conclusions de la Commission Allaer. Cela étant, le rapport ne s'est pas résolu à confier à ce juge la totalité des procédures relatives à la famille. Le projet de loi n'a pas repris toutes les recommandations de ce rapport, puisque le contentieux technique d'ordre patrimonial ne lui est pas confié. Compte tenu du double souci de créer un bloc de compétences harmonieux et de préserver dans des domaines précis les compétences d'autres juridictions, ce juge n'est pas destiné à opérer dans tous les litiges en lien direct avec le droit de la famille, même si un nombre important de matières lui sont entièrement réservées.

Toutefois, il bénéficie de divers transferts de compétence (1), et de la suppression des partages et des conflits de compétence (2).

1 Les différents transferts de compétence.

L'article L 312-1 du Code de l'organisation judiciaire définit le champ d'intervention du juge aux affaires familiales et renvoie à différents textes du Code civil afin de le préciser. L'article 312-1 du même code indique que le regroupement de ses compétences est établi en fonction des matières qui lui sont confiées.

Ainsi, il est un véritable juge du divorce (a), chargé des solidarités familiales (b), de l'autorité parentale (c), et doté de compétences accrues (d).

a.Un juge du divorce

Le juge aux affaires familiales est présent tout au long de la procédure de divorce (i), et même après le prononcé de ce dernier (ii).

i.Une présence constante

Il est doté d'une triple compétence en matière de divorce et de séparation de corps. L'une d'entre elles lui vient directement du juge aux affaires matrimoniales pour tout ce qui concerne la procédure de divorce depuis l'ouverture de l'instance, jusqu'au jugement, en passant par la tentative de conciliation, l'ordonnance de non conciliation, les mesures provisoires en cours d'instance, la mise en état, les mesures urgentes relevant de la compétence du juge des référés et les exceptions de procédure.

Il est également compétent pour prononcer le divorce, non seulement en cas de requête conjointe, mais aussi dans tous les autres cas[154]. Ici, la réunion de l'ensemble de ces compétences entre les mains du juge aux affaires matrimoniales était auparavant partagée

[154] H. PARCHEMINAL, « *Le juge aux affaires familiales nouveau juge des conflits familiaux (L.n°93-22, 8 janvier 1993)* », JCP 1994, I, 3762

entre le juge aux affaires matrimoniales et le tribunal de grande instance. Désormais, il est le « juge de tous les divorces[155]. » Lors de la discussion de ce point du projet de loi, certains désiraient maintenir la compétence du tribunal de grande instance pour le prononcé des divorces. Finalement, la compétence de principe du juge aux affaires familiales en tant que juge unique, avec renvoi de droit à la demande des parties, devant la formation collégiale du tribunal de grande instance, statuant non pas comme tribunal de grande instance, mais comme juge aux affaires familiales, a été retenue.

ii.Après le prononcé du divorce

Il intervient après le prononcé du divorce, pour statuer sur toutes ces conséquences. Concernant les époux, il est compétent pour ordonner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et pour statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision et d'attribution préférentielle, compétence relevant auparavant du tribunal. Il est tout aussi compétent pour donner à bail le logement familial. En ce qui concerne les enfants, il statue au moment du prononcé du divorce sur l'attribution de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien. Il prend également part au contentieux de l'après divorce relatif à l'autorité parentale et aux pensions alimentaires, à la modification de l'attribution de l'autorité parentale ou de ses conditions d'exercice, et à la décision de confier l'enfant à un tiers. Enfin, la compétence du juge aux affaires familiales s'étend à la question de la modification de la prestation compensatoire sur le fondement de l'article 273 du code civil, alors que cette compétence appartenait jusqu'à présent au tribunal de grande instance.

[155] J. C KROSS, « *Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales* », Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales, Colloque du 14 octobre 1993 p.71

b.Un juge des solidarités familiales

Le juge aux affaires familiales connait également des solidarités familiales, puisqu'il est compétent en matière de fixation de l'obligation alimentaire et de contribution aux charges du mariage et d'obligation d'entretien. Dans ce domaine, le tribunal d'instance lègue à ce juge le contentieux de l'aide alimentaire qui lui était en principe dévolu, à l'exception de la rareté du cas de l'exécution en nature de l'obligation alimentaire par l'accueil du créancier au foyer du débiteur, qui auparavant appartenait au tribunal de grande instance, et dont la compétence a été transférée au juge aux affaires familiales. La solidarité familiale se fonde sur l'aide alimentaire, qui consiste dans la fixation d'une pension alimentaire qui se distingue de celle prévue dans le cadre du divorce, même si elle se fonde également sur les liens familiaux. Elle concerne la contribution aux charges du mariage (article 214 du Code civil), l'obligation d'entretien des enfants mineurs ou majeurs, en particulier, s'ils se trouvent en cours d'études et qu'ils ne demeurent pas avec leurs parents (article 203 et 213 du Code civil). En outre, elle concerne l'obligation alimentaire due par les enfants à leurs parents, à leurs beaux-parents et ascendants (articles 205 et 206 du Code civil). L'ensemble de ces contentieux peut intervenir hors divorce et même hors mariage. Ils peuvent tout autant interférer avec le divorce. Dès lors, ces contentieux sont dans tous les cas confiés au juge aux affaires familiales. Néanmoins, il est possible de relever une lacune. En effet, le législateur n'a rien prévu pour l'obligation alimentaire en cas de mariage nul putatif, alors que le prononcé de la nullité du mariage fait toujours partie de la compétence du tribunal de grande instance. Par déduction, le tribunal de grande instance fixe la pension alimentaire lorsqu'il prononce la nullité du mariage, étant donné qu'il est juge de droit commun en matière de famille et d'état des personnes, puis le juge aux affaires familiales intervient pour toute demande de modification.

c.Un juge de l'autorité parentale

Ce juge est aussi compétent en matière d'autorité parentale. Dans le cadre de la famille légitime, en situation de divorce ou de séparation de corps, il devient compétent pour tous les litiges relatifs aux modalités d'exercice de l'autorité parentale au cours du divorce ou de la séparation de corps, comme à la suite d'un divorce ou d'une séparation de corps. Sa compétence intervient aussi lorsque la décision de confier un enfant à un tiers doit être prise. L'ensemble de ces compétences appartenaient déjà au juge aux affaires matrimoniales.

Une compétence appartenant auparavant au tribunal de grande instance est venue accroitre celle du juge aux affaires familiales par l'article 373-3 du Code civil, qui lui permet de décider en cas de décès de celui des parents divorcés qui détenait l'autorité parentale que celle-ci ne sera pas dévolue au parent survivant mais à un tiers.

Hors d'une situation de divorce, ce juge peut intervenir en matière de désaccord entre parents non divorcés, voire non mariés, sur le fonctionnement de l'exercice conjoint de leur autorité parentale, particulièrement en matière d'éducation des enfants. Il peut également intervenir dans le cadre d'un différend relatif à l'hospitalisation d'un enfant.

En cas de survenance de difficultés dans l'exercice du droit de visite et d'hébergement, le juge aux affaires familiales intervient dans le cadre de la séparation de fait.

Pour la famille naturelle, avant la loi du 4 mars 2002, supprimant la distinction entre enfant naturel et enfant légitime, il devenait le juge des actions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, par ce transfert de compétence autrefois destinée au juge des tutelles, il pouvait recevoir la déclaration conjointe pour l'exercice en commun de l'autorité parentale. Le certificat de communauté de vie créé par la loi de 1993 permettant d'asseoir l'autorité parentale conjointe, aujourd'hui supprimé, était également délivré par le juge aux affaires familiales.

En outre, il peut changer les conditions d'exercice de l'autorité parentale, autoriser un droit de surveillance et décliner un droit de visite et d'hébergement pour motifs graves. Toutes ces prérogatives lui viennent du juge aux affaires matrimoniales.

Enfin, aussi bien pour la famille légitime que pour la famille naturelle, il est doté des compétences du tribunal de grande instance concernant l'autorité parentale et le règlement des modalités des relations avec les grands-parents ou des tiers.

d.Un juge doté de compétences accrues

La loi du 8 janvier 1993 a regroupé les compétences du juge aux affaires familiales pour qu'il ait connaissance de l'ensemble des litiges familiaux[156].Les actions relatives au changement de nom et de prénom relevant auparavant du tribunal de grande instance, font désormais partie de la compétence du juge aux affaires familiales, tout comme l'attribution des prénoms en cas de doute sur l'intérêt de l'enfant, le changement, l'adjonction ou la suppression de prénom en cas d'intérêt légitime.

Enfin, le juge aux affaires familiales, remplace le président du tribunal de grande instance, pour devenir un véritable juge de l'urgence, lorsque l'un des époux manque gravement à ses devoirs prévus à l'article 220-1 du Code civil. Auparavant, un risque de conflit pouvait apparaitre lorsque des mesures conservatoires pouvaient ordonnées tant par le juge aux affaires matrimoniales que par le président du tribunal de grande instance. Ce risque a totalement disparu.

Pour le divorce et la séparation de corps, il se transforme également en juge des référés en matière de divorce comme le faisait le juge aux affaires matrimoniales mais dans un champ plus restreint.

[156] H. PARCHEMINAL, « *Le juge aux affaires familiales nouveau juge des conflits familiaux (L.n°93-22, 8 janvier 1993)* », JCP 1994, I, 3762

2 La suppression des partages et des conflits de compétence

Dans l'éventualité d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, tous les conflits de frontières apparus entre le juge aux affaires matrimoniales et le tribunal de grande instance lors de leurs concours successifs aussi bien dans le divorce demandé et accepté que dans les divorces contentieux, vont disparaitre.

En matière alimentaire, le juge aux affaires familiales étant doté de toutes les compétences alimentaires dont disposait le tribunal d'instance, le conflit de compétence qui existait entre le tribunal d'instance et le juge divorce n'a plus lieu d'être.

Un autre souci de morcellement des compétences subsiste entre le juge des tutelles et le juge aux affaires matrimoniales. Sur ce point, la Cour de cassation avait accepté que « les mesures[157] que le juge des tutelles pouvaient avoir prises pour résoudre les conflits quant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale qui relevaient de sa compétence et notamment l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement, ne cessaient qu'au moment où le juge conciliateur statuait sur les mesures provisoires.[158] » Cette décision supposait que l'intervention du juge des tutelles était maintenue en la matière alors qu'une requête en divorce aurait été déposée devant le juge aux affaires matrimoniales, jusqu'à ce que la décision sur les mesures provisoires soit prise. Dès lors, le juge aux affaires familiales sera le seul compétent dans ce domaine.

Cette clarification du contentieux de la famille en crise est bienvenue et se remarque par la séparation de fait au divorce, ou à la séparation de corps éventuelle. Désormais, le juge aux affaires familiales est l'unique interlocuteur en matière alimentaire et en matière d'exercice de l'autorité parentale. Lors de la séparation de fait, ce juge réunit les compétences du juge d'instance pour la contribution aux charges, et celles du juge des tutelles pour l'autorité parentale. En outre, la suppression du morcellement des compétences dans le temps entre juges du premier degré lorsque la séparation de fait succédait à un divorce ou à une séparation de corps est également à relever. En revanche, l'existence de ce fractionnement de compétences entre le juge aux affaires matrimoniales et le conseiller de la mise en état en cas d'appel ou de pourvoi en cassation persiste avec le juge aux affaires familiales. Quant à la

[157] Ces mesures pouvaient également être prises sur recours par le tribunal de grande instance. (Article 1215 CPC)
[158] Cass. Civ 1ère, 11 juillet 1988, Bull. civ. I, n°234

jurisprudence de la Cour de cassation liée à l'effet suspensif ou non des voies de recours, elle reste valable.

La loi du 22 juillet 1987 confiait la modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale sur les enfants naturels au juge aux affaires matrimoniales. Cet accroissement de compétences avait amené de nouveaux partages et morcellements de compétences, d'une part, entre le juge aux affaires matrimoniales et le juge des tutelles, ce dernier gardait ses attributions à la fois pour recueillir la double déclaration des parents pour l'exercice commun de l'autorité parentale, et pour contrôler les malentendus dans l'exercice de l'autorité parentale conjointe, et d'autre part, entre le juge aux affaire matrimoniales et le tribunal d'instance, compétent en matière alimentaire. La loi du 8 janvier 1993 simplifie le contentieux familial, en rassemblant entre les mains du juge aux affaires familiales l'ensemble de ces compétences. Désormais, il peut être saisi du conflit familial dès sa naissance et peut le suivre dans tous ses aspects. Son intervention ne pourra en être que plus efficace.

B L'autonomie juridictionnelle restreinte du juge aux affaires familiales.

La loi du 8 janvier 1993 octroie au juge aux affaires familiales des compétences particulières, puisqu'il peut prendre des actes de nature juridictionnelle. Ainsi, quand il intervient en qualité de juge unique, il détient une compétence juridictionnelle, cependant il ne constitue pas pour autant une juridiction autonome.

Ce juge aux affaires familiales est contraint par une dépendance institutionnelle, puisque le président de chaque tribunal de grande instance désigne plusieurs juges aux affaires familiales[159]. En effet, lorsque plusieurs juges aux affaires familiales sont nommés par le président du tribunal de grande instance et qu'une répartition des compétences est mise en place entre eux au lieu d'une répartition des affaires, on peut s'interroger sur la logique de cette distribution. Par conséquent, dans un même dossier de divorce, plusieurs juges aux affaires familiales peuvent intervenir. La volonté du législateur de centraliser toutes les compétences entre les mains du juge aux affaires familiales pour lui permettre de traiter complètement les dossiers est fragilisée, et une telle habitude semble dommage. On remarque

[159] Articles 4 et 7 du décret du 14 janvier 1994, modifiant la partie règlementaire du COJ

également cette dépendance, lorsque ce juge intervient en forme de juridiction collégiale. Ici, la loi réalise une confusion du juge aux affaires familiales avec le tribunal de grande instance. La reconnaissance par le texte d'une possibilité de renvoi permet un « dédoublement organique du juge aux affaires familiales [160]» parfois, en tant que juge unique, et d'autres, représenté par la formation collégiale du tribunal de grande instance.

Cette confusion organique du juge aux affaires familiales avec le tribunal de grande instance en cas de renvoi à la formation collégiale est à souligner. Une faculté de renvoi est donnée à ce juge. Ce renvoi peut également être demandé par les parties et peut s'appliquer à l'étendue de sa compétence. Les fonctions de juge aux affaires familiales sont remplies par le juge unique ou par les juges uniques délégués à cette tâche. Il faut relever que dans le cas particulier du prononcé du divorce, peu importe la cause, le renvoi est de droit à la demande d'une partie. Ici, le juge peut jouer le rôle soit d'un juge unique, soit intervenir avec plusieurs juges en complément de son rôle de juge unique. En effet, le juge aux affaires familiales, en tant que juge unique, chargé de l'affaire dès son origine, siège obligatoirement au sein de cette formation collégiale. Sa connaissance précise du dossier de par les liens qu'il aura pu créer avec les parties, sera bénéfique pour apaiser le conflit. Sur cet aspect, le législateur renforce l'affirmation d'une compétence générale de droit commun du tribunal de grande instance en matière familiale.

C. Le manque d'unification des procédures.

Le décret du 14 janvier 1994 relatif au juge aux affaires familiales, ne modifie rien. Concernant la représentation des parties, le juge aux affaires familiales devient compétent dans des matières qui auparavant appartenaient au tribunal de grande instance et pour lesquelles la représentation était obligatoire, comme en cas de divorce pour faute. En outre, il est doté de compétences provenant du juge d'instance dans le domaine alimentaire, et du juge des tutelles, juridictions devant lesquelles les parties étaient dispensées du ministère d'avocat. Lors de la discussion du projet de loi, un amendement avait vu le jour dans lequel il était

[160] V. LARRIBAU- TERNEYRE, « *Le juge aux affaires familiales. (Commentaire de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 instituant le juge aux affaires matrimoniales et du décret d'application n°94-42 du 14 janvier 1994)* », D 1994, p.141

prévu que « pour les actions relatives à la fixation de la contribution aux charges du mariage, de l'obligation alimentaire et de l'obligation d'entretien, et pour celles fondées sur les dispositions de l'article 372-1-1 » du code civil concernant la difficulté d'exercice en commun de l'autorité parentale, « les parties ont la faculté de se faire assister ou représenter selon les règles applicables devant le tribunal d'instance. » Malgré le refus du Sénat, désirant que la représentation soit toujours obligatoire devant le juge aux affaires familiales, ce texte fut accepté. Cependant, les difficultés ne furent pas pour autant toutes résolues. En effet, les matières confiées antérieurement au tribunal d'instance ou au juge des tutelles ne nécessitaient pas la représentation d'un avocat. Qu'en était-il pour les matières relevant du tribunal de grande instance ? Concernant la procédure de divorce, l'exigence d'un avocat est inévitable. Toutefois, ce maintien est-il indispensable pour les litiges relatifs à l'autorité parentale dépendant anciennement du tribunal de grande instance ? Il va à l'encontre du but de simplification souhaité.

Pour Madame Virginie Larribau Terneyre, le décret du 14 janvier 1994 ne présente aucun travail de modification. Les chapitres du code de procédure civile, dévolus au juge aux affaires familiales n'ont subi aucun changement, aucune règle n'est édictée, aucune tentative de simplification des procédures et d'uniformisation des modes de saisine n'est proposée. Le principal changement est une modification de terme, puisque dans tous les articles du nouveau code de procédure civile où des compétences étaient retirées à certaines juridictions pour être données au juge aux affaires familiales, les expressions tribunal d'instance, juge des tutelles, juge aux affaires matrimoniales et président, sont remplacées par juge aux affaires familiales.

En matière de divorce et de séparation de corps, les modifications terminologiques sont les plus fréquentes. L'expression « juge aux affaires familiales » se substitue aux termes « juges aux affaires matrimoniales[161] », au mot « tribunal[162] », ou aux mots « juge aux affaires matrimoniales ou tribunal [163]» sans aucun autre changement. Le décret n'apporte que ce concours en matière de divorce, à l'exception de l'article 1136 du Code de procédure civile qui précise que l'un ou l'autre des époux introduit l'instance par voie d'assignation devant le

[161] Ces modifications concernent les articles 1074, 1084, 1087, 1102, 1109, 1116, 1134, 1135, et 1092 alinéa 2 CPC, dans lesquels les mots « juge aux affaires matrimoniales » sont remplacés par le pronom personnel « il », qui indique le juge aux affaires familiales.

[162] Ces changements s'appliquent aux articles 1072, 1092 alinéa 1, 1113, 1125, 1128 et 1135 alinéa 1 CPC

[163] Seul l'article 1078 CPC est concerné.

juge aux affaires familiales en matière de divorce demandé et accepté. Ainsi, les procédures exercées sous l'empire du juge aux affaires matrimoniales sont toujours d'actualité avec le juge aux affaires familiales, tout comme la représentation des parties qui n'a pas changé dans ces domaines.

Concernant la solidarité familiale, le décret a été beaucoup plus innovant, celui-ci introduit un nouveau chapitre IV bis réservé à « l'obligation alimentaire et à la contribution aux charges du mariage » dans le titre I du livre III du Code de procédure civile portant sur les compétences héritées du juge d'instance par le juge aux affaires familiales. Cependant, ce chapitre ne contient qu'une nouvelle section destinée à « des dispositions générales ». Elle comporte l'article 52 de la loi de 1993 qui dispose que pour les actions relatives à la fixation de la contribution aux charges du mariage, de l'obligation alimentaire et de l'obligation d'entretien, les parties ont la possibilité de se faire représenter ou assister selon les règles applicables devant le tribunal d'instance[164]. Ces mêmes actions sont jugées à charge d'appel[165]. En outre, une autre règle est posée, puisque désormais les débats se dérouleront en chambre du conseil[166]. Enfin, les articles 1069-3 à 1069-6 du Code de procédure civile destinés aux dispositions particulières à la contribution aux charges du mariage sont présents. Ils sont la reprise à l'identique, sous réserve de la substitution de l'expression « juge aux affaires familiales », d'une section ayant le même intitulé placée au titre des régimes matrimoniaux et successions[167].

D'autres modifications terminologiques ont été effectuées dans le domaine de l'autorité parentale, afin de préciser les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales. Des changements de forme sont réalisés concernant le partage de compétences entre le tribunal de grande instance et ce juge sur la déchéance ou le retrait partiel de l'autorité parentale qui reste dévolu au tribunal de grande instance, puis sur la délégation de l'autorité parentale, qui elle, est transférée au juge aux affaires familiales.

Enfin le décret apporte surtout de réelles évolutions en matière de difficultés liées à l'exercice conjoint de l'autorité parentale entre parents mariés et non mariés[168], qui vont dans le sens de l'unification des procédures. Auparavant, l'article 1179 du Code de procédure civile énonçait

[164] Article 1069-1 CPC
[165] Article 1069-2 alinéa 1 CPC
[166] Article 1069-2 alinéa 2 CPC
[167] Section I du chapitre I du titre III du livre III CPC
[168] Article 372-1-1 C. civ

que les demandes relatives à l'application de l'article 372-1-1 du Code civil, étaient formées, instruites et jugées en fonction des règles applicables à la tutelle des mineurs. Par le décret, ces demandes sont « formées, instruites et jugées en chambre du conseil, selon les règles édictées par les articles 1084 à 1087 du Code de procédure civile » sur les mesures accessoires en cas de divorce. Ainsi, le juge aux affaires familiales peut être saisi soit par la forme des référés, soit sur simple requête. Dans ce cas, la représentation n'est pas obligatoire. Cependant l'article 1179 alinéa 2 précise que les parties peuvent se faire représenter ou assister, comme le prévoit l'article 52 de la loi de 1993.

En comparaison avec les délais de notification préexistants, celui de la requête passe de trois à quinze jours. De plus, la décision devient exécutoire de plein droit. Quant à l'appel, il a lieu devant la cour d'appel et ne se pratique plus devant le tribunal de grande instance. En outre, ce changement amène à une unification de la procédure dans ce domaine des litiges concernant l'exercice commun de l'autorité parentale par rapport à celle des demandes de modifications des conditions d'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant naturel[169].

Enfin pour les demandes fondées sur l'article 373-3 du Code civil sur la décision prise de confier l'enfant à un tiers et sur l'article 371-4 du même code concernant le règlement des modalités des relations avec les grands-parents, elles obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse, la représentation est donc obligatoire[170].

En ce qui concerne le nom et le prénom, le décret n'effectue qu'un seul remaniement à propos du changement de nom de l'enfant naturel par déclaration conjointe. L'article 1152 du Code de procédure civile est quelque peu modifié, puisque les mots « juge des tutelles » sont changés par le « juge aux affaires familiales ». Dans cette matière la procédure est gracieuse. Toutefois, aucune précision n'est apportée par le décret pour l'attribution des prénoms en cas de doute sur l'intérêt de l'enfant[171], ni en matière de changement, d'adjonction ou de suppression de prénom en cas d'intérêt légitime[172]. La jurisprudence antérieure perdure dans ce cas, de la procédure gracieuse et sur requête. Néanmoins, l'interrogation sur la représentation obligatoire ou facultative n'a pas été solutionnée par le décret. Antérieurement, ces procédures se passaient devant le tribunal de grande instance, avec représentation

[169] Article 374 C. civ qui présentait une procédure identique à celle des articles 1084 à 1087 CPC
[170] Article 1180 CPC
[171] Article 57 alinéa 2 et 3 C. civ
[172] Article 60 C. civ

obligatoire. Le décret laisse subsister le mystère : en effet, la représentation obligatoire est elle obligatoire devant le juge aux affaires familiales ?

Enfin, en matière d'urgence le décret ne s'intéresse à ce juge que dans son intervention prévue par l'article 220-1 du Code civil, prévoyant les mesures d'urgence. Elles peuvent être requises soit par référés ou, en cas de besoin, par ordonnance sur requête. Cette compétence appartenant auparavant au président du tribunal de grande instance, une nouvelle modification terminologique est également effectuée ici.

Il faut rappeler que dans ce domaine, l'article 1074 du Code de procédure civile énonce que les fonctions de juge des référés pour le divorce et la séparation de corps dont a été doté le juge aux affaires matrimoniales sont désormais confiées au juge aux affaires familiales.

Finalement, il est regrettable de remarquer que la question de la représentation facultative ou obligatoire des parties n'ait pas été clairement réglée. Les changements d'ordre procédural sont peu importants. Le souci de simplification des procédures n'est également pas résolu puisque les procédures varient en fonction des juridictions, mais aussi en fonction des matières. Ainsi, l'unité de juridiction par le biais de la création du juge aux affaires familiales, ne signifie pas l'unité des procédures. Enfin, le premier article du décret concernant le juge aux affaires familiales ne vise pas principalement les procédures que l'on peut exercer devant lui, mais l'ensemble des procédures possibles en matière contentieuse. Ainsi, l'article 8 du décret du 14 janvier 1994 modifie l'article 750 du Code de procédure civile relatif à la forme de la demande en justice. Auparavant, le texte prévoyait la saisine par assignation ou par requête conjointe, sous réserve des cas où le tribunal peut être saisi par simple requête. Désormais, le décret ajoute à la simple requête la saisine par déclaration. Cependant cet article ne se trouve pas dans le livre consacré aux dispositions particulières à certaines matières, mais dans celui destiné aux dispositions particulières à chaque juridiction, et précisément aux dispositions consacrées au tribunal de grande instance.

§2 Vers une unification progressive du contentieux familial ?

La loi du 8 janvier 1993, laisse subsister certaines réserves de compétences attribuées à d'autres juridictions que le juge aux affaires familiales (A), ainsi que des partages et des conflits de compétence (B). Mais le législateur reste à la recherche d'un renforcement des attributions de ce magistrat de la famille, comme le démontre les réformes de ce début de XXIème siècle (C).

A.Les réserves de compétences au profit d'autres juridictions.

Ces divers blocs de compétences doivent être distingués, afin de comprendre l'objectif de cette réforme.

On remarque l'existence de blocs de compétences réservées qui relèvent du tribunal de grande instance, juridiction de droit commun en matière de droit de la famille et des personnes qui est compétent pour les actions relatives à la filiation légitime, naturelle et adoptive, le contentieux relatif aux nullités du mariage, celui relatif au fonctionnement et à la dissolution du régime matrimonial sous réserve de deux exceptions, la compétence du juge aux affaires familiales pour la liquidation des intérêts patrimoniaux en cas de divorce, et la compétence de ce même juge pour prendre des mesures urgentes, si au cours du mariage, l'un des époux met en péril les intérêts de la famille.

On trouve également des compétences particulières réservées à plusieurs juridictions. Ainsi, en matière d'autorité parentale, le tribunal de grande instance est compétent pour prononcer la déchéance de l'autorité parentale, même partielle. Le juge des tutelles, quant à lui, garde sa compétence dans des domaines transférés au juge aux affaires familiales, tel que l'autorité parentale pour tout ce qui touche à la gestion du patrimoine du mineur[173], le fonctionnement de la tutelle, pour ne pas dissocier la tutelle des mineurs de celle des majeurs protégés dont les

[173] Article 389-5 C. civ

règles sont analogues[174], l'émancipation[175], la désignation d'un administrateur ad hoc en cas d'action en désaveu et la constatation de la présomption d'absence[176].

Enfin, la mission du juge des enfants reste la même[177], ses compétences en matière d'assistance éducative restent inchangées.

B.Les partages et les conflits de compétences subsistants

La loi du 8 janvier 1993 n'est pas parvenue à résoudre l'ensemble des partages et conflits de compétence. Il en subsiste encore quelques uns, notamment en matière alimentaire puisqu'entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance, c'est le tribunal de grande instance qui reste compétent pour intervenir en matière d'obligation alimentaire, en cas de nullité du mariage, de déchéance de l'autorité parentale, dont le prononcé reste de sa compétence exclusive et en cas de filiation. Il peut également agrandir sa compétence en matière de famille aux demandes incidentes.

Un partage et un conflit de compétence demeurent également entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles en cas de présomption d'absence[178]. Lors de sa constatation, le juge des tutelles fixe les sommes qu'il convient d'affecter à l'entretien de la famille et aux charges du mariage.

En matière de changement de nom, un partage et un conflit de compétences sont maintenus, puisque l'article 334-3 du Code civil, permet au tribunal de grande instance de statuer dans le cadre d'un changement de nom à l'occasion d'une demande de modification de l'état de l'enfant.

Il en va de même en matière d'autorité parentale. En effet, le tribunal de grande instance reste compétent dans de nombreux cas, notamment en cas de nullité du mariage où il intervient pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Il opère aussi

[174] Articles 393 et suivant C. civ
[175] Article 479 C. civ
[176] Article 112 C. civ
[177] Article373-1 C. civ
[178] Article 114 C. civ

pour le prononcé de la déchéance ou du retrait de l'autorité parentale, afin de confier l'enfant à un tiers et pour l'action en établissement d'une filiation naturelle[179].

Le tribunal de grande instance peut également agir pour statuer sur une demande incidente relative aux modalités de l'autorité parentale, formée à l'occasion d'une procédure de filiation, en dehors des hypothèses expressément prévues par les textes[180].

En outre, la possibilité de statuer par voie d'exception dépend de toute juridiction sous réserve que le domaine ne concerne pas la compétence exclusive d'une autre juridiction. Cependant, cette compétence exclusive n'est confiée au juge aux affaires familiales que par l'article 247 du Code civil en matière de divorce. Mais la rédaction du texte est imprécise et n'écarte pas la compétence du juge des enfants après le divorce, dans le cadre de l'assistance éducative. Il est aussi le seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences. Pour ce faire, un juge de ce tribunal délégué aux affaires familiales, doté de cette même compétence, est désigné pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.[181].

Pour le juge des enfants, tant que dure la mesure de placement, c'est à ce juge des enfants de modifier ou d'organiser le droit de visite et d'hébergement. Dans ce cas, la décision du juge du divorce est suspendue, jusqu'à ce que le juge des enfants ait pris sa mesure d'assistance éducative. Dans le cadre de l'après-divorce, il reste l'unique juge de l'assistance éducative. Cependant, un fait postérieur à la décision de divorce, de nature à mettre l'enfant en danger, est nécessaire afin de justifier son intervention.

Enfin, la compétence matérielle, la compétence liée à l'urgence et celle liée au degré de juridiction vont continuer à créer quelques difficultés. Concernant la compétence liée au degré de juridiction, ce sont les demandes de modification des pensions alimentaires et des prestations compensatoires, les demandes de modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale et de l'attribution du logement familial, formées postérieurement à une décision de divorce ou de séparation de corps, qui vont être concernées par ces problèmes de frontière. En effet, ceux-ci existaient entre le juge aux affaires matrimoniales et la cour d'appel et vont se maintenir avec transposition des réponses qui ont pu être apportées sur ce point. Il faut observer que le juge aux affaires matrimoniales était compétent dans ces

[179] Article 374-1 C. civ
[180] Article 51 CPC
[181] Article 247 alinéa 1 et 2 C. civ

domaines, après le prononcé du divorce, sauf dans l'éventualité de l'exercice d'un recours suspensif. Si ce recours suspensif survenait, la compétence lui était retirée pour la confier à la Cour d'appel, comme le conseiller de la mise en état ou le premier président en cas d'urgence. Lorsqu'un pourvoi en cassation était formé, la situation était la même, mais uniquement pour les demandes relatives aux prestations compensatoires, le code de procédure civile prévoyant expressément le recours suspensif. En revanche, il est exclu en matière de pension alimentaire et d'autorité parentale. Ainsi, le juge aux affaires matrimoniales conservait sa compétence pour statuer sur les demandes de pensions alimentaires et d'autorité parentale, lorsqu'une décision était frappée d'un pourvoi en cassation. De plus, sa compétence persistait, après cassation, tant que la saisine de la cour de renvoi n'avait pas été effectuée[182].

Pour finir, la Cour de cassation avait décidé que le juge aux affaires matrimoniales n'était pas compétent en cas de pourvoi en cassation, pour modifier l'attribution du logement familial, alors que l'article 1122 du Code de procédure civile écartait l'effet suspensif du pourvoi, même pour l'attribution du logement. Ce raisonnement aurait pu également s'étendre aux pensions alimentaires et à l'autorité parentale, puisque la solution dans ces deux domaines était prévue par l'article 1084 du code de procédure civile. La Cour de cassation, ne l'a pas vu sous cet angle : la compétence revient dans ce cas au conseiller de la mise en état ou au premier président de la Cour d'appel, tout comme en matière de prestation compensatoire[183].

Pour la compétence liée à l'urgence, les mêmes difficultés de frontières qui existaient entre le juge aux affaires familiales et le juge des référés vont se présenter avec le juge aux affaires familiales. Dans son domaine de compétence, le juge aux affaires matrimoniales était juge des référés[184]. En matière de divorce, l'accroissement de la compétence du juge aux affaires familiales vis-à-vis de celle du juge aux affaires matrimoniales est de nature à développer la compétence de ce dernier comme juge des référés. Suite au décret du 14 janvier 1994, la dernière rédaction de l'article 1074 du Code de procédure civile prévoit que le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des référés.

[182] Cass ; Civ 2ème. ;19 juin 1991, Bull. civ. II, n°186
[183] Cass ; Civ 2ème. ; 24 mars 1993, Bull. civ. II, n°124, chron. J. HAUSER, RTD civ. 1993.565
[184] Article 1074 CPC

C.Un renforcement des attributions du juge aux affaires familiales en matière de conflits familiaux :

Le début du XXIème siècle dote ce magistrat d'attributions nouvelles en matière de conflits familiaux. Il est le garant du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents par la loi du 4 mars 2002 (1), et bénéficie d'une réforme du divorce simplifiant la procédure applicable, et renforçant les principes directeurs du procès civil (2).

1 La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : un juge gardien du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents.

Ce texte tant attendu permet au législateur de mettre en place la coparentalité. Pour ce faire, il supprime la distinction entre enfant naturel et enfant légitime, et met sur le même pied d'égalité tous les enfants, dès lors qu'ils ont une filiation paternelle et maternelle légalement établies, distinction définitivement abandonnée par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Désormais, les père et mère sont parents à égalité, et l'autorité parentale exercée en commun par principe[185], même s'il est parfois possible, dans des conditions bien précises, que cette autorité parentale soit dévolue à un seul parent.

Par la loi du 4 mars 2002, le juge aux affaires familiales est doté d'une nouvelle mission, celle de veiller au maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents. L'article 373-2-6 alinéa 2 du Code civil permet au juge de prendre toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde de ces relations[186]. En dehors de ce pouvoir général qu'il peut exercer à la demande de l'un des parents, du ministère public, d'un tiers, parent ou non[187], la loi du 4 mars 2002 prévoit deux hypothèses dans lesquelles il est invité à intervenir pour assurer le respect des liens de l'enfant avec ses deux parents.

[185] Article 372 alinéa 1 C. civ
[186] M. REBOURG, « *La réforme de l'autorité parentale* », JCP 10 avril 2002, act. 178
[187] Article 373-2-8 C. civ

La première est celle du changement de résidence d'un parent. Ainsi, lorsque ce changement implique une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale, l'article 373-2 alinéa 3 du Code civil exige du parent concerné qu'il informe au préalable l'autre parent en temps utile, afin de lui permettre, en cas de désaccord, de saisir le juge aux affaires familiales pour qu'il modifie en conséquence en fonction de ce que commande l'intérêt de l'enfant, les dispositions relatives aux relations de l'enfant avec ses parents. Cette disposition va permettre de lutter contre la primauté du parent hébergeant imposant parfois à l'autre un éloignement de l'enfant face à laquelle les juges du fond apportaient des réponses diverses. Ainsi la cour d'appel d'Amiens avait considéré qu'il convenait de fixer la résidence habituelle des enfants chez leur père, suite au déménagement de la mère loin du domicile du père qui avait sérieusement perturbé les conditions de vie des enfants[188]. A contrario, la Cour d'appel de Toulouse avait précisé que l'intérêt de l'enfant doit primer sur toute autre considération et que le déménagement du parent gardien ne justifie pas à lui seul un transfert de la résidence chez l'autre parent[189].

La seconde mesure destinée à rendre effectif le maintien des liens entre l'enfant et ses deux parents tient à la possibilité offerte au juge d'ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français, sans l'autorisation des deux parents[190]. Cette disposition apparait suite à la politique menée à l'encontre des enlèvements internationaux d'enfants, dans laquelle la Cour Européenne des Droits de l'Homme ordonne aux Etats l'obligation positive d'appliquer toutes les mesures nécessaires afin de permettre le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents dans le cadre d'un déplacement illicite d'enfant[191].

L'effectivité de la coparentalité se traduit également par la mise en place de la résidence alternée, alors que la Cour de cassation l'avait condamnée dans un arrêt du 2 mai 1984 et qu'en 1993 le législateur avait maintenu l'exigence d'une résidence habituelle de l'enfant qui semblait l'exclure, la résidence alternée n'en était pas moins présente, dissimulée sous un droit de visite et d'hébergement élargi, dans les décisions des juges du fond[192]. La loi du 4 mars 2002 lui permet de faire son apparition dans le code civil, puisqu'elle fait partie des

[188] CA Amiens, 22 septembre 1999 ; JCP G 2000, IV, 2114
[189] CA Toulouse, 27 juin 2000 ; Dr. famille 2000, comm.n° 95, obs. P. Murat
[190] Article 373-2-6 alinéa 3 du Code civil
[191] S. GRATALOUP, « *L'interprétation de la Convention EDH à la lumière de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfant* », Dr. famille 2002, chron.2
[192] CA Lyon, 5 oct. 1993 ; JCP G 1994, II, 22231, note H. Fulchiron

alternatives offertes au juge aux affaires familiales lorsqu'il doit fixer la résidence de l'enfant. Cette résidence alternée n'est en aucun cas soumise à l'accord des parents. Le législateur donne la possibilité au juge par l'article 373-2-9 alinéa 2 du Code civil, lorsqu'ils sont en désaccord, de l'ordonner « à titre provisoire » pour une durée déterminée, au terme de laquelle il statue définitivement sur la résidence de l'enfant. Si pendant cet essai, le parent qui s'oppose à la résidence alternée ne fait aucun effort pour que cette mesure s'applique, celui-ci prend le risque de voir la résidence de l'enfant fixée chez l'autre parent, son comportement pouvant démontrer un risque pour l'intérêt de l'enfant[193]. Il est clair que la résidence alternée vise à obtenir un partage égalitaire de la prise en charge de l'enfant et une préservation de ses liens avec ses deux parents. Il faut également souligner que cette résidence alternée est dépendante de l'intérêt de l'enfant Cependant, lorsqu'à l'issue de l'essai de la résidence alternée, aucune des parties ne saisit le juge pour qu'il statue sur la résidence de l'enfant, cette question risque de ne pas avoir de réponse. Or, il est nécessaire qu'elle en obtienne une, notamment pour la répartition des allocations familiales ou bien encore le calcul du quotient familial dans le cadre des impôts sur le revenu.

2. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce

Lors de la réforme du 26 mai 2004, les procédures de divorce duraient en moyenne douze mois, voire quinze pour les divorces pour faute, et concernaient presque la moitié du contentieux traité par les tribunaux de grande instance. L'idée avancée était de supprimer l'intervention du juge, lorsque les époux étaient d'accord pour divorcer et qu'aucune difficulté particulière n'apparaissait. Dans son rapport, Madame Irène Théry présentait un cinquième type de divorce, le divorce par déclaration conjointe, qui aurait été examiné sur le seul constat de l'accord des époux pour mettre fin à leur mariage. Il aurait concerné les cas qui ne nécessitaient l'homologation d'aucune convention, tels les couples n'ayant pas d'enfant, ou les cas qui n'impliquent aucun partage de bien.

De nombreuses craintes sont apparues, et se fondaient essentiellement sur l'idée que le divorce sans conflit n'existait pas. En outre, on avançait que même dans le divorce consensuel, le rôle du juge garantissait la conformité de la procédure, et permettait de

[193] Article 373-2-11 C. civ

constater que les solutions proposées, notamment pour les enfants, n'étaient ni contraires à leurs propres intérêts, ni à l'ordre public, et que l'un des époux n'avait pas cherché à abuser de sa position de supériorité. L'éventualité de pressions exercées par le conjoint de l'époux refusant de divorcer ne pouvait être écartée pour qu'un consentement au divorce soit recueilli. La suppression du contrôle judiciaire au moment du divorce annonçait la multiplication du contentieux après divorce qui se révélait comme une conséquence inévitable. De plus, l'admission d'un divorce administratif ébranlait le caractère institutionnel du mariage qui justifiait le contrôle par l'Etat de la formation et de la dissolution du mariage.

Cette réforme remet également en cause le divorce pour faute. Même si le divorce par consentement mutuel avait connu un succès sans précédent, la procédure de ce divorce contentieux était loin d'être abandonnée par les époux et restait très utilisée. En ce sens, la loi du 11 juillet 1975 souhaitait dédramatiser le divorce et certains avaient émis l'idée de supprimer le divorce pour faute. De nombreuses critiques portaient sur les modalités d'organisation du divorce pour faute, qui contraignaient les époux à rechercher des preuves à l'encontre de l'autre, dont dépendait le prononcé du divorce et la répartition des torts. Ces preuves pouvaient parfois être obtenues frauduleusement, par la production aux débats de constats d'huissier, de correspondances privées, de certificats médicaux, ou bien encore d'attestation de proches ou d'amis, et se révéler dévastatrices, sans oublier que les incidences de cette procédure d'attribution des torts partagés plongeaient les époux dans un véritable engrenage judiciaire. Il faut toutefois apporter quelques nuances. Même si le législateur de 1975 n'était pas parvenu à dédramatiser le divorce comme il le souhaitait, cela ne venait pas seulement de la procédure instituée, mais aussi de la réalité sociale du divorce. Il est parfois nécessaire pour qu'un conjoint puisse accepter la séparation, que la culpabilité de l'époux ayant fauté ressorte. En effet, l'époux abandonné, bafoué, voire victime de violences physiques ou morales, n'est pas prêt à divorcer de son conjoint sans voir reconnaitre par la justice la responsabilité de ce dernier pour les fautes qu'il a commises.

Afin de tenir compte de la singularité des parcours individuels de chaque couple et de leur diversité, la loi du 26 mai 2004 a maintenu la pluralité des cas de divorces[194]. Le premier cas prévu par l'article 229 du Code civil est le divorce par consentement mutuel qui coïncide avec le divorce sur requête conjointe de la loi du 11 juillet 1975. Il s'applique aux situations où les

[194] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *« La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Première partie : Variations sur les intentions du législateur* », Dr. famille, Juin 2004, étude 13

époux s'entendent pour divorcer et aménager toutes les conséquences de leur séparation dans une convention soumise à l'homologation du juge. Il est l'unique cas de divorce par consentement mutuel et reste un divorce judiciaire, l'idée d'un divorce sans juge ayant été abandonnée. Trois cas de divorces contentieux sont également prévus: le divorce pour acceptation du principe de la rupture, qui présente des similitudes avec l'ancien divorce sur demande acceptée, mais dont les modalités sont simplifiées, le divorce pour altération définitive du lien conjugal qui remplace l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, puis le divorce pour faute qui est maintenu et dont les conséquences ont été modifiées par le législateur. Sa volonté était de faciliter l'utilisation de la procédure de divorce, notamment pour le divorce par consentement mutuel, sans oublier les divorces contentieux. C'est chose faite même si les idées proposées au départ n'ont pas toutes vu le jour.

Ainsi, peu importe la cause du divorce, la procédure est toujours judiciaire, le choix d'un divorce consensuel n'étant pas encore accepté. Avant la loi du 11 juillet 1975, les règles de caractère procédural concernant le divorce se trouvaient presque toutes dans le code civil. Mais la Constitution du 4 octobre 1958 ayant dévolu au pouvoir règlementaire le domaine de la procédure civile, l'essentiel des règles relatives à la procédure de divorce avait fait l'objet d'un décret du 5 décembre 1975, intégré aux articles 1078 à 1148 du Code de procédure civile. Un décret du 29 octobre 2004 a réformé cette matière[195], mais la loi intervient pour fixer certains principes fondamentaux de la procédure, afin d'établir des règles relevant de l'organisation judiciaire, pour certaines règles de procédures qui sont très liées au fond[196]. La pluralité des cas de divorce entraine une pluralité de procédures. A côté de cette diversité de procédures, il existe une distinction fondamentale entre les divorces relevant de la procédure contentieuse et ceux relevant de la matière gracieuse.

Cette réforme du 26 mai 2004 offre une certaine autonomie procédurale du divorce par consentement mutuel (a), ainsi qu'une procédure commune aux autre cas de divorce (b). Quant à la phase de conciliation, elle est obligatoire à tous les divorces contentieux (c).

[195] Articles 1070 et suivant CPC
[196] Articles 248 à 259-3 C. civ

a.L'autonomie procédurale du divorce par consentement mutuel

Cette procédure gracieuse commence par une demande en divorce par consentement mutuel[197], qui est formée par une simple requête des époux[198], sans aucune mention des causes du divorce, présentée par les avocats respectifs de chacune des parties, ou par un seul avocat choisi d'un commun accord[199].

A cette requête en divorce, est jointe une convention concrétisant l'entente sur la rupture du mariage et ses effets pour régler les conséquences du divorce[200]. Cette « convention de divorce » ne se dénomme plus « convention définitive », la convention temporaire n'existant plus. Il s'agit d'un contrat de divorce concrétisant l'accord de la rupture et pouvant se décliner dans sa structuration sous la forme, d'une part, d'une convention parentale et, d'autre part, d'une convention de rupture de mariage organisant la fin de l'union conjugale dans ses aspects économiques et procéduraux.

Le contrôle du juge aux affaires familiales doit être effectif et actif, son but étant d'acquérir la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé[201], puis il homologue la convention réglant les conséquences du divorce et par la même le prononce. Si la convention lui semble préserver insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux, le juge peut refuser de l'homologuer, ne pas prononcer le divorce et décider d'ajourner sa décision[202]. L'article 1099 du Code de procédure civile dans son deuxième alinéa prévoit qu'avec l'accord des parties et en présence du ou des avocats, le juge aux affaires familiales peut faire supprimer ou modifier les clauses de la convention qui lui paraitraient contraires à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux.

Une fois la demande en divorce présentée par le ou les avocats des parties, une audience unique à lieu, durant laquelle, le juge aux affaires familiales examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Le juge devra en premier lieu vérifier la recevabilité de la requête en conformité avec les articles 1075, 1090 et 1091 du Code de procédure civile, puis il

[197] S. THOURET, « *Les mécanismes procéduraux issus de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce* », Procédures, Juin 2004, étude 8
[198] Article 1089 CPC
[199] Article 250 C. civ
[200] Article 230 C. civ et article 1091 CPC
[201] Article 1099 CPC
[202] Article 1100 CPC

examine la demande avec chacun des époux. C'est durant cet entretien avec chaque partie qu'il s'assure au cas par cas, de la volonté de chacune à vouloir divorcer. A près cet entretien individuel, le juge réunit les parties et leurs conseils, et attire l'attention des époux sur l'importance des engagements pris par eux, notamment concernant l'exercice de l'autorité parentale.

Si la préservation des intérêts des enfants ou de l'un des époux est insuffisante, le juge peut refuser provisoirement d'homologuer la convention, et par une ordonnance rendue sur le champ, il invite les parties à lui présenter une nouvelle convention dans un délai maximum de six mois[203]. Il précise les conditions de garantie auxquelles seront subordonnées l'homologation de la nouvelle convention et, en conséquence, le prononcé du divorce. Dans ce cas précis, il prend les mesures provisoires au sens des articles 254 et 255 du Code civil. Dans le cadre du refus provisoire d'homologation et à défaut de présentation d'une nouvelle convention dans le délai fixé, le juge constate d'office par ordonnance la caducité de la demande.

A l'expiration du délai de six mois, et lorsqu'une nouvelle convention a été présentée, le juge a la possibilité de refuser à nouveau l'homologation et de ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment l'intérêt du ou des enfants et de l'un des époux. La décision de refus est susceptible d'appel.

Le législateur a également organisé un divorce par consentement mutuel sur passerelle, prévu à l'article 247 du Code civil. Ce texte permet aux époux de demander au juge de constater leur accord dans le but de voir prononcer un divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences, et ce, à tout moment de la procédure, voire pendant le délibéré, et peut même exister à hauteur de la Cour. En fonction du stade de la procédure, il faudra déposer soit des conclusions auxquelles sont annexées la convention, soit une requête si l'instance n'a pas été engagée par voie d'assignation et que l'accord intervient dans le délai de trente mois prévu par l'article 1113 du Code de procédure civile.

Les parties ne possèdent que des voies de recours limitées dans ce type de procédure de divorce. En effet, l'appel n'est possible qu'à l'encontre des décisions des juges aux affaires familiales qui ne prononcent pas le divorce, comme la décision de renvoi à une seconde

[203] Article 250-2 C. civ

audience ou la décision de refus d'homologation à la première ou à la seconde audience[204], et le délai d'appel est de quinze jours à compter de la décision. En outre, le pourvoi en cassation est toujours possible, dans un délai de quinze jours à compter du prononcé de la décision qui homologue la convention des époux et prononce le divorce. Il suspend l'exécution de la décision[205] et est également suspensif.

b.Une procédure commune aux autres cas de divorce.

La procédure applicable aux cas de divorce, autre que le divorce par consentement mutuel se base sur un tronc procédural commun préalable à l'introduction de la demande en divorce qui seule précisera le choix du divorce[206].

Concernant la requête initiale commune à tous les divorces contentieux, le législateur a souhaité mettre fin aux effets conflictuels de cet acte. Désormais, l'époux qui décide de former une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge sans indiquer les motifs[207], ni les fondements juridiques de la demande, ni les faits à l'origine de celle-ci[208], visées aux articles 255 1° à 10 du Code civil. Sa rédaction est d'une importance capitale, puisqu'elle doit faire apparaître les demandes formulées au titre des mesures provisoires, accompagnées d'un exposé des motifs de ces demandes, dans le but de prévoir l'audience de conciliation. La question des mesures probatoires de l'article 259-3 du Code civil doit aussi être soulevée. Sur ce point, la circulaire du 23 novembre 2004 précise que la tentative de conciliation « au-delà des mesures provisoires susceptibles d'être prises pour organiser la vie séparée de la famille, doit être l'occasion d'un débat sur le principe même de la rupture et peut s'avérer déterminante sur l'orientation de la procédure de divorce. De surcroit, le rôle du juge est accru puisqu' « il doit entendre chacun des époux sur le principe de la rupture.[209] »

[204] Article 1102 CPC
[205] Article 1086 CPC
[206] S. THOURET, « *Les mécanismes procéduraux issus de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce* », Procédures, Juin 2004, étude 8
[207] Article 251 C. civ
[208] Article 1106 CPC
[209] Article 1111 CPC

Elle ne doit donc pas être motivée et dans l'esprit du législateur, il ne s'agit pas d'une suggestion ou d'une recommandation, mais d'une interdiction de motivation. En outre, on remarque ici, sa volonté d'autoriser une évolution dans le choix des époux et de valoriser la phase de conciliation.

La même circulaire du 23 novembre 2004 énonce à propos des mentions des demandes concernant les mesures provisoires que « cette nouvelle règle tend à généraliser une pratique plus respectueuse du principe du contradictoire et de la nécessaire transparence du débat judiciaire. »

Si avant l'assignation, c'est-à-dire lors de la désignation éventuelle d'un juge de la mise en état, l'objectif est d'obtenir une modification des mesures provisoires concernant les époux ou d'acquérir de nouvelles mesures, celles-ci devront être demandées auprès du juge aux affaires familiales. En cas de survenance d'un fait nouveau, il peut, jusqu'au dessaisissement de la juridiction, supprimer, modifier ou compléter les mesures provisoires qu'il a prescrites[210]. Avant l'introduction de l'instance, la demande est formée et instruites selon les dispositions des articles1137 à 1142 du Code de procédure civile.

Ce même juge doit être saisi selon les modalités prévues pour les référés ou par requête remise ou adressée au greffe, et rendre une décision au fond. Après l'assignation en divorce et lorsque l'affaire est attribuée au juge aux affaires familiales en qualité de juge de la mise en état, celui-ci aura seul la compétence pour modifier les mesures provisoires.

Ces divorces contentieux sont dotés d'une demande en divorce commune, qui, selon l'article 257-1 du Code civil, après l'ordonnance de non conciliation, permet à un époux d'introduire l'instance ou de former une demande reconventionnelle pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute. L'instance va se dérouler de cette manière entre une demande principale en divorce typée et choisie, et une demande reconventionnelle possible bénéficiant des mêmes possibilités de critères et de choix.

[210] Article 1118 CPC

Cependant, un bémol apparait et limite cette liberté de choix. En effet, lorsque pendant la tentative de conciliation des époux, il se dégage une acceptation du principe de la rupture et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 du Code civil, l'instance n'est engagée que sur ce fondement. Ceci s'applique lorsque l'acceptation est intervenue soit lors de la tentative de conciliation, soit ultérieurement avant l'introduction en divorce[211].

Un seul choix de divorce sans subsidiaire est possible. De ce fait, la demande ne peut être fondée que sur un seul cas prévus à l'article 229 du Code civil, et toute autre demande formée à titre subsidiaire sur un autre cas est irrecevable[212]. Cette disposition oblige le demandeur à l'action en divorce à bien choisir son type de divorce et à faire connaitre clairement ses objectifs. S'il ne respecte pas ces dispositions, sa demande subsidiaire est irrecevable. Cette fin de non recevoir peut être soulevée d'office par le juge et n'est pas susceptible de régularisation par substitution. Elle peut être soulevée lors de l'introduction de l'instance mais aussi en cours d'instance. Les seules voies de recours pour modifier le fondement sont les passerelles, soit à vocation consensuelle[213], soit les modifications de fondement dans le cadre de l'établissement d'une demande reconventionnelle pour l'époux défendeur.

Les demandes principales, les demandes reconventionnelles, les cas dans lesquels aucune demande reconventionnelle n'est formulée et les passerelles[214], le tout associé aux procédures de séparation de corps permettent une grande possibilité de scénarios.

Le but visé par la réforme du 26 mai 2004 est d'encourager le règlement complet de toutes les conséquences du divorce, en coïncidence avec son prononcé. L'objectif est d'incorporer la liquidation du régime matrimonial dans le cours du processus de divorce et non plus de le traiter en différé. En effet, en pratique, s'agissant du renoncement au divorce par consentement mutuel, la plus grosse partie des négociations se fait avant la saisine du juge aux affaires familiales, car le temps de cette négociation se fait hors période du juge. Il faut que les parties arrivent avec un accord devant le magistrat, accord qui ne peut être concrétisé que par la mission des notaires ou des avocats. La phase judiciaire est la dernière phase de la séparation, étant donné que les discussions ont la plupart du temps commencée bien en amont.

[211] Article 1123 CPC
[212] Article 1077 CPC
[213] Articles 247 et 247-1 C. civ
[214] L. MINIATO, « *La réforme des procédures de divorce par la loi du 26 mai 2004 et le décret du 29 octobre 2004 : le changement dans la continuité* », Dr. famille. Décembre 2004, étude 29

c.La phase de conciliation.

Tout au long de la procédure de divorce, le juge aux affaires familiales doit respecter des règles qui s'imposent à lui. C'est le cas du principe du respect du contradictoire qui l'oblige à ne rencontrer les parties en personne qu'à l'audience de conciliation, unique moment où un échange vrai et direct permet de dire les choses clairement. Cette rencontre est suivie d'une procédure écrite et contradictoire laissant une place et une parole des parties très réduites, portées par la plaidoirie des avocats. Mais il est possible que le juge autorise une expression orale dans une comparution personnelle contradictoire.

En outre, le juge doit s'en tenir uniquement aux demandes des parties. Il est lié à ce que les parties veulent bien lui soumettre et ne peut en aucun élargir ou modifier le conflit qui lui est demandé de traiter.

Il faut également noter le rigoureux principe des règles de preuve en matière civile qui veut que le juge ne puisse pas faire à priori lui-même un travail d'enquête complet. Sa décision se fonde uniquement et en fonction de leur pertinence, sur les éléments qui lui sont soumis par les parties et leurs avocats, et ceci, même s'il soupçonne que tout ne lui a pas été apporté à sa réflexion. Il peut, tout de même, se faire aider par des investigations sociales, psychologiques, mais les sciences humaines ne sont pas exactes, et un expert par rapport à un autre peut avoir des avis complètements différents dans une même affaire.

La tentative de conciliation est obligatoire pour tous les divorces contentieux[215]. Auparavant, cette conciliation consistait à faire réfléchir les époux, et essayait de leur éviter de divorcer, cependant le juge aux affaires familiales parvenait à très peu de réconciliations Désormais, il doit chercher à concilier les époux[216] aussi bien sur le principe du divorce que sur ses conséquences. Pour ce faire, le législateur l'a doté de nouveaux pouvoirs pour qu'il invite les époux à prendre en charge leur divorce et à le gérer, et ceci, par le biais de l'accord des parties. Ainsi, en fonction de la nature du divorce que choisissent les parties, et ce, dès l'assignation en divorce, le juge aux affaires familiales doit utiliser sa capacité à pacifier le conflit, avec l'aide des conseils. L'avocat détient un rôle important et sa responsabilité est

[215] S. THOURET, « *Les mécanismes procéduraux issus de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce* », Procédures, Juin 2004, étude 8

[216] Article 1071 alinéa 1 CPC

considérable dans l'orientation des procédures et la conclusion des accords tant désirés par le législateur.

Dès le commencement de la conciliation, la mission du juge va être de prendre le temps nécessaire afin d'entendre chacun des époux. Cette étape est essentielle, car cette écoute du juge leur permet d'exprimer leur souffrance et leur ressenti vis-à-vis de leur séparation. Si cette souffrance n'est pas exprimée par les parties et entendue par le juge, cette inattention risque de polluer les décisions concernant les mesures provisoires et la procédure de divorce. Le rôle du juge est de laisser chacune des parties parler et de leur faire prendre conscience que la recherche d'un accord ou d'une solution ne répondant pas totalement aux souhaits de chacun évite d'envenimer le conflit. Il est un juge actif, voire interactif, auquel il est demandé d'expliquer et d'intervenir.

A défaut de processus de médiation proposé, le juge doit être amené à exposer aux parties l'éventualité d'une procédure de divorce accepté, en les mettant bien en garde qu'en cas d'acceptation de cette procédure, leur accord est irrévocable. La procédure de divorce accepté ayant été bien ou mal accueillie, le juge doit toujours avoir à l'esprit de concilier les parties. Si elles se sont entendues sur un accord comportant des mesures provisoires qui ne lèsent aucun des époux et qui respectent l'intérêt de l'enfant, il l'homologue. Si ce n'est pas le cas, il doit garder la maitrise de l'audience et engager un dialogue constructif avec les parties et leurs avocats, qui lui permet de faire des propositions dans l'esprit de conciliation désiré par la loi. Pour l'aider, le législateur a doté le juge aux affaires familiales de nouvelles mesures provisoires qu'il peut prendre lors de la conciliation. L'article 255 du Code civil prévoit une liste d'une dizaine de mesures provisoires qui n'est pas limitative, puisque le juge peut en solliciter d'autres dans l'intérêt de l'enfant. La médiation familiale est en tête de liste et dévoile la volonté du législateur d'en faire un passage obligatoire à tout conflit. La réussite de ce processus dépend de l'envie de chaque partie de jouer le jeu de la recherche d'une solution amiable. Ces mesures provisoires concernant l'enfant dépendent de la loi du 4 mars 2002. Le principe essentiel de ces mesures est l'exercice conjoint de l'autorité parentale, celles-ci ayant pour but de garantir à l'enfant une continuité et une effectivité de ses liens avec chacun de ses parents. C'est ainsi que la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux est apparue. Désormais, on ne parle plus de parent gardien et de parent visiteur, mais de deux parents chez lesquels l'enfant réside en alternance plus ou moins importante. En cas de résidence alternée, il est essentiel de déterminer le parent

bénéficiaire des prestations familiales et celui qui aura le rattachement fiscal des enfants ainsi que la prise en charge concrète, avec ou sans contribution alimentaire, de divers frais, tels que les frais de scolarité, les activités et voyages scolaires ou sportives, les loisirs, la santé, ou bien encore les assurances.

La réforme du 26 mais 2004 précise la palette d'intervention du juge aux affaires familiales : ainsi, il peut statuer avec le maximum de précisions sur l'attribution du domicile conjugal, des meubles, des véhicules, sur le paiement des crédits, des dettes et sur la gestion des biens communs ou indivis, voire une provision à valoir sur la liquidation du régime matrimonial. Il peut aussi se projeter dans l'avenir de la liquidation du régime matrimonial en prévoyant le caractère gratuit ou non de la jouissance de biens communs ou indivis et du paiement de dettes ou de crédits communs ou indivis, ou bien encore une provision à valoir que la liquidation du régime matrimonial. Enfin, il peut désigner un professionnel qualifié ou un notaire afin d'effectuer des propositions éclairées quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux, voire de prévoir un projet de liquidation du régime matrimonial, ce qui aura la double satisfaction de permettre au juge de mieux apprécier le montant de la prestation compensatoire, s'il en faut une, et de régler lors du prononcé du divorce les désaccords persistants sur cette liquidation.

A la fin de l'audience de conciliation, le juge aux affaires familiales rappelle l'importance d'un divorce apaisé tant dans son principe que dans ses effets, et la nécessité de présenter lors de l'assignation un projet de règlement des effets pécuniaires et patrimoniaux du divorce, en étayant les raisons de cette obligation légales qui pour être intégrée doit être comprise. Il est donc important d'anticiper sur la liquidation et le partage du régime matrimonial des époux, afin d'éviter de voir s'éterniser un divorce et ce, même après son prononcé, sans oublier le risque de compromettre les rapports parentaux.

Ces remarques démontrent que chaque divorce ne demande pas à être automatiquement personnalisé de la même façon, et que ce magistrat de la famille doit en permanence s'adapter en fonction de la difficulté de l'affaire qu'il a à traiter et du temps qui lui est dévolu.

Le législateur a défini un « redéploiement » autour des différentes formes de divorce, accompagné d'une réelle pacification des procédures orientée vers la recherche d'accord afin d'améliorer leur efficacité. Cependant, malgré ces efforts, le professeur Larribau-Terneyre estime que des risques d'immobilismes subsistent, notamment dans le cadre du divorce pour faute pour lequel le changement reste incomplet, et de la pacification des procédures qui manque de moyens pour être réellement bien appliquée[217].

La loi du 26 mai 2004 relative au divorce est un jalon supplémentaire dans l'évolution et l'extension des compétences du juge aux affaires familiales, ainsi que dans les relations qu'il entretient avec les autres juges susceptibles d'intervenir dans le cadre des conflits familiaux.

Une fois encore, le même dilemme apparait entre un législateur désirant accélérer les procédures, tout en simplifiant le divorce et en le dédramatisant, et un appareil judiciaire inapproprié dû au manque de moyens personnels et financiers.

Force est de constater que la justice se trouve en inadéquation entre un discours politique qui se traduit au travers de lois et de circulaires, et une mise en œuvre qui ne peut parfaitement se réaliser.

La pratique a établi plusieurs tentatives pour donner au juge une connaissance plus complète des problèmes inhérents à la famille, notamment dans le cadre des chambres de la famille. Depuis la loi du 11 juillet 1975, le législateur cherche à mettre en place des solutions juridiques pour parvenir à pacifier le divorce, dont la loi du 26 mai 2004 est pour le moment l'achèvement.

[217] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Troisième partie : Les risques d'immobilisme* », Dr. famille 2004, étude 19

3.Un élargissement des compétences du juge aux affaires familiales : la création du « Pôle de la famille

Par une lettre de mission en date du 20 décembre 2007, Madame la Garde des Sceaux confiait à Monsieur le Recteur Guinchard, la lourde mission de réfléchir sur une nouvelle répartition des contentieux entre juridictions, basée sur trois axes : l'articulation de la justice en première instance, les éventuelles possibilités de regroupement de certains contentieux, ainsi que les hypothèses de déjudiciarisation en matière civile et pénale. Installé le 18 janvier 2008, le groupe de travail se pencha sur le sujet afin de rendre un rapport le 30 juin 2008. Le domaine d'étude du présent travail s'oriente sur la matière familiale. En effet, de nombreuses modifications sont proposées, dont la création d'un « Pôle de la famille » concernant en premier lieu, l' « émergence » de la fonction du juge aux affaires familiales[218]. La compétence juridictionnelle familiale a longtemps été partagée entre plusieurs juges dont le juge d'instance, le juge des tutelles, le juge aux affaires matrimoniales et le tribunal de grande instance. La loi Malhuret du 22 juillet 1987 et la loi du 8 janvier 1993 créant le juge aux affaires familiales, ont abouti à une concentration entre les mains de ce juge pour qu'il connaisse de la rupture du mariage, de l'autorité parentale et de son exercice, ainsi que certaines questions financières relatives à la famille. Un décret du 29 octobre 2004 continuait cette concentration, en reformant la procédure en matière familiale soumettant l'ensemble de ces contentieux à une procédure uniforme et simplifiée, sous réserve de quelques exceptions. La protection de l'intérêt de l'enfant est bien mise en avant, suite à ces réformes. Cependant, un certain éclatement du contentieux persiste en la matière, notamment le juge d'instance qui continue à intervenir en parallèle du juge aux affaires familiales, puisqu'il connait de la tutelle des mineurs et des majeurs, tout comme le juge des enfants concernant l'assistance éducative et la prescription de mesures judiciaires d'aide à la gestion du budget familial, ou bien encore le tribunal de grande instance pour le contentieux de la filiation, l'action aux fins de subsides, l'adoption et la liquidation des régimes matrimoniaux et des successions. Un service performant des affaires familiales est maintenu au sein du tribunal de grande instance, accompagné d'un bloc de compétences du juge aux affaires familiales qui est renforcé. Quant à la proposition de la création d'un tribunal de la famille, elle n'a pas été retenue par la commission.

[218] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p.220

Le principe directeur du traitement de la matière familiale est maintenu au service des affaires familiales du tribunal de grande instance par une proposition visant deux objectifs : éviter l'éclatement des fonctions du juge aux affaires familiales tout en présentant des solutions fonctionnelles au besoin de proximité

Monsieur Jean Claude Magendie, premier président de la Cour d'appel de Paris a abouti à ce constat lors de son audition par la commission. Selon lui, l'ensemble des réformes relatives à la procédure familiale a permis au législateur de mettre en place dans les juridictions un service spécialisé de juge aux affaires familiales, compétent pour traiter ce contentieux massif qui laisse apparaitre des questions humaines très délicates, telles que l'exercice de l'autorité parentale, ou bien encore l'attribution du domicile, mais également des problèmes techniques difficiles comme la prestation compensatoire, ou l'application de règles de droit international privé. Ce système a permis à ces juges de se constituer de véritables équipes, capables d'échanger leurs expériences, de créer des liens avec des intervenants extérieurs, comme les enquêteurs sociaux, les psychologues, les notaires, ou les avocats, et de mettre en place des pratiques nouvelles telles que l'installation de permanences de médiateurs pendant les audiences. Cette spécialisation a fait naitre une organisation d'un meilleur accueil physique et psychologique du justiciable avec l'aménagement de zones d'attente et des convocations étalées dans le temps. Par cette analyse, il conclut au maintien de l'organisation actuelle, plutôt qu'à un transfert de ce contentieux à une autre juridiction. On retrouve ici un discours similaire à celui énoncé par les professionnels témoins de l'inefficacité des chambres de la famille.

Le fonctionnement de ce service en matière familiale est incompatible avec son éclatement sur l'ensemble des sites des tribunaux d'instance, qui même après la réforme de la carte judiciaire, restent deux fois plus nombreux que les tribunaux de grande instance. En outre, une grosse partie du travail du juge aux affaires familiales impose la représentation obligatoire par avocat, qui est incompatible à un rattachement avec les tribunaux d'instance, faute de barreaux attachés à ces tribunaux. Le transfert de la matière familiale ne peut concerner que les matières sans représentation obligatoire, sauf à constituer une régression par rapport à la création du juge aux affaires familiales. Il est aussi possible d'appréhender qu'un tel transfert vers les tribunaux d'instance soit de nature à faire obstacle à l'investissement de la matière familiale par les barreaux, en tout cas pour les tribunaux d'instance situés en dehors des tribunaux de grande instance. La présence de l'avocat, qu'elle soit voulue par la loi ou

choisie par les parties, constitue un atout pour la matière familiale, en facilitant le dialogue et la rechercher du compromis, dans cette matière où les solutions amiables doivent tenir une place prépondérante, surtout dans l'intérêt de l'enfant. Il faut toutefois relever que l'avocat peut aussi parfois pousser son client au conflit. Même si certains font valoir l'argument que sa présence permet de le pacifier, d'autres n'hésitent pas à encourager les querelles.

Un transfert des juges aux affaires familiales dans les tribunaux d'instance semble avoir un intérêt restreint, puisqu'en l'absence de ressemblances entre les attributions des tribunaux d'instance et celles des juges aux affaires familiales, regrouper ces juridictions dans les mêmes locaux peut créer des synergies. Au contraire, le risque à venir de ce transfert des compétences du juge aux affaires familiales vers les tribunaux d'instance est une perte du savoir- faire reconnu à ces juges, ainsi qu'un encombrement des tribunaux d'instance, face au vaste contentieux traité par les juges aux affaires familiales, qui concerne plus de la moitié du contentieux civil du tribunal de grande instance, surtout depuis la reforme de la carte judiciaire qui a amené de nombreux tribunaux d'instance à reprendre l'activité d'autres tribunaux d'instance supprimés.

Des solutions pratiques doivent aussi être produites pour combler les besoins de proximité des affaires familiales[219]. C'est ainsi que des « audiences de proximité » sont proposées, afin de répondre aux manques des services des affaires familiales. Pour y parvenir, l'accueil du justiciable doit être amélioré par la généralisation des guichets de greffe. En outre, des audiences de proximité prévues dans les locaux des tribunaux d'instance semblent apporter une amélioration considérable. Actuellement, le code l'organisation judiciaire prévoit qu' « en fonction des nécessités locales, les juridictions judiciaires peuvent tenir des audiences foraines en des communes de leur propre ressort autres que celle où est fixé leur siège. Le premier président de la cour d'appel, après avis du procureur général près cette cour, fixe, par ordonnance, le lieu, le jour et la nature de ces audiences.[220] » Ces audiences foraines sont très rarement mises en place, leur organisation entrainant une contrainte supplémentaire pour des juridictions déjà submergées. C'est pour cela, que la commission propose plusieurs solutions dont le but est de faciliter le travail des services des affaires familiales. Ainsi, moyennant l'allocation de moyens aptes à ces juridictions, il doit être envisagé un développement des audiences foraines en prenant en considération les modalités propres à la matière familiale.

[219] N. FRICERO, « *Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société* », JCP 2008, I, 162
[220] Article 124-2 COJ

Afin d'éviter l'écueil d'une multitude ingérable d'audiences foraines, la commission a apporté une réponse concrète par l'incitation à la pratique de celles-ci dans les locaux des tribunaux d'instance.

Par le texte précédemment cité, des audiences foraines peuvent déjà être pratiquées en tout lieu, et notamment à l'extérieur de toute enceinte judiciaire. La commission en déduit que qu'un développement plus encadré de celles-ci, liée à une pratique obligatoire, ne peut être exercée que dans des locaux judiciaires, à moins de limiter la portée symbolique de l'activité judiciaire, et plus particulièrement en matière familiale, puisqu'elle concerne des enjeux humains considérable nécessitant la pleine pratique de l'*impérium* , et de la *juridictio* du juge.

S'il semble que l'application de ces audiences foraines se soit développée, son exercice ne nécessite pas que chaque tribunal d'instance accueille obligatoirement de telles audiences. Pour le justiciable, elles ne doivent être prévues que dans la mesure où elles apportent un service certain aux parties, dans des conditions ne déstabilisant pas le fonctionnement des juridictions. S'il n'existe qu'un petit nombre d'affaires, la pratique de ces audiences foraines est totalement injustifiée ; leur organisation demandant une charge de travail beaucoup trop grande et sollicitant le déplacement d'un magistrat, voire d'un greffier, un déplacement de dossiers, une mobilisation de salle d'audience, ainsi que du personnel d'accueil. Il faut souligner que les parties risquent de voir s'allonger considérablement les délais d'audience et de renvoi.

Enfin, il apparait judicieux que le personnel des tribunaux de grande instance soit concerné par l'organisation de ce service afin qu'il connaisse sur le bout des doigts l'activité normale de leur juridiction et qu'il s'adapte aux besoins du terrain, sans être vécu dans une contrainte extérieure.

Suite à ces diverses remarques, il est conseillé au président du tribunal de grande instance, après avis de l'assemblée générale des magistrats du siège, de fixer chaque année des audiences dites de proximité tenues par le juge aux affaires familiales, assisté de son greffier, dans les tribunaux d'instance de son ressort, en matière familiale sans représentation obligatoire par avocat, sauf pour le président, à caractériser spécialement une contrainte locale, interdisant l'organisation de telles audiences dans des conditions satisfaisantes pour le justiciable et la bonne administration de la justice.

La question de la prise en compte de la demande conjointe des parties a également été soulevée par la commission. En effet, il avait été suggéré qu'en matière familiale, la volonté manifestée par les parties d'être jugées dans les locaux du tribunal d'instance soit prise en considération. Ce mécanisme ne peut être mis en application que s'il est combiné à l'adoption préalable d'un tableau des audiences susceptibles d'être tenues dans l'enceinte du tribunal d'instance.

Il est possible d'envisager la prise en compte d'une demande conjointe lorsqu'après renvoi vers le médiateur, les parties qui n'envisagent pas de se concilier sur le fond de leur litige, proposent leur demande d'audience de proximité dans le procès verbal dressé par le médiateur. Cependant, certains membres de la commission redoutent que ce développement des audiences foraines entraine une certaine désorganisation au sein des juridictions et que ce mécanisme soit beaucoup trop conséquent, aussi bien pour le tribunal de grande instance que pour le tribunal d'instance. Au contraire, il a aussi été remarqué que ces demandes conjointes soient d'une grande rareté, et par la même, que ce mécanisme devienne complètement inutile.

La commission préconise aussi une meilleure articulation entre les différentes procédures intéressant les enfants et la famille. Ainsi, un renforcement du bloc de compétences en matière familiale a été présenté, qui, en laissant subsister le service du juge aux affaires familiales au sein du tribunal de grande instance, permet de le renforcer et de l'améliorer, dans la continuité du mouvement d'unification juridictionnelle des fonctions en matière familiale. L'augmentation des compétences du juge aux affaires familiales doit tout autant se poursuivre dans le domaine de la liquidation des situations patrimoniales des couples (a) et dans celui de l'autorité parentale (b).

a.Le domaine de la liquidation et du partage des indivisions conjugales

Tout d'abord, concernant l'extension du bloc de compétences en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des couples, l'état du droit doit être analysé. Lors de la loi du 26 mai 2004, le législateur a voulu faire correspondre lorsque cela était possible, le prononcé du divorce avec la liquidation du régime matrimonial, dans le but d'éviter des procédures ultérieures très longues et onéreuses. Ainsi, le juge aux affaires

familiales peut intervenir à tout moment de la procédure, afin de procéder à la liquidation du régime matrimonial, ainsi qu'au partage des intérêts patrimoniaux des époux.

La commission propose d'ajouter à la compétence du juge aux affaires familiales la liquidation des régimes matrimoniaux, ainsi que, dans un souci de cohérence, l'ensemble des procédures liées au régime matrimonial, dont le changement de régime matrimonial dans les cas d'intervention du juge. Ce transfert de compétences est accompagné d'un éclaircissement de la procédure de partage des intérêts patrimoniaux des époux.

La commission soumet également une extension de la compétence de ce juge aux affaires familiales à tous les couples. Sa compétence est étendue au contentieux relatif au partage des indivisions des concubins ou des partenaires pacsés. Pour prévenir l'augmentation de ce contentieux et en raison de la complexité de la matière, la commission propose de prévoir une procédure avec représentation obligatoire, comme cela se passe actuellement, puisque ces procédures se déroulent devant le tribunal de grande instance. En application de l'article 1360 du Code de procédure civile, l'assignation doit contenir un descriptif sommaire du patrimoine à partager et les intentions du demandeur quant à la répartition des biens.

Suite aux recommandations de la commission Guinchard, la loi du 12 mai 2009 relative à la simplification du droit confie au juge aux affaires familiales la suite de la procédure de divorce qu'est la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux, ainsi que les procédures attachées au régime matrimonial et le contentieux relatif au fonctionnement et au partage des indivisions entre concubins ou partenaires liés par un pacte de solidarité civile[221]. Ce texte soumet aussi des partages d'indivisions successorales et post-communautaires aux mêmes règles procédurales.

C'est une évolution puisque lors de sa création en 1975, le juge aux affaires matrimoniales ne s'occupait pas des régimes matrimoniaux. Cette loi du 12 mai 2009 démontre la volonté du législateur de ne plus voir s'éterniser les liquidations de régime matrimonial, et permet au juge aux affaires familiales de s'immiscer dans le droit du patrimoine familial.

[221] Y. ROUQUET, « *Publication de la loi de simplification du droit* », D 2009, p.1332, A.-M. LEROYER, *« Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures »*, RTD Civ 2009, p.584

Une circulaire en date du 18 juin 2010 est venue préciser la loi du 12 mai 2009, reprenant les propositions soumises par la commission Guinchard[222]. Relatif aux compétences du juge aux affaires familiales en matière de liquidation, ce texte présente deux objectifs : présenter les nouvelles compétences de ce juge en matière de liquidation et de partage, et préciser l'articulation de ces règles avec la procédure de divorce.

Cette même a nécessité la réécriture de l'article 267-1 du Code civil, qui supprime la spécificité de la liquidation et du partage des intérêts des époux après divorce (i). Ces nouveaux pouvoirs sont désormais régis par l'article 267 du même code (ii), procédure exigeant l'existence d'une assignation en partage distincte de l'assignation en divorce (iii).

i. La réécriture de l'article 267-1 du Code civil supprimant la spécificité de la liquidation et du partage des intérêts des époux après divorce.

Par la même, l'article 267-1 du Code civil a été réécrit et prévoit que les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux se déroulent selon les règles fixées par le Code de procédure civile[223]. Par cette nouvelle disposition, la spécificité de la liquidation et du partage des intérêts des époux après divorce n'existe plus.

En effet, le devenir du calendrier procédural de la liquidation du régime matrimonial des époux n'a pas posé polémique très longtemps[224], ce dernier ayant été complètement supprimé pour laisser place aux dispositions de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, précisée par son décret n°2006-439 du 23 décembre 2006 prévoit dans l'article 1136-3 du Code de procédure civile que les règles régissant le partage successoral concernent désormais le partage des intérêts patrimoniaux des époux, sous réserve des règles spéciales prévues à l'article 267-1 du Code civil.

[222] J. CASEY, « *Liquidation et pouvoirs du juge aux affaires familiales : une circulaire discrète mais ferme !* », Gaz. Pal du vendredi 10 et samedi 11 septembre 2010, p.7

[223] A. GOUTTENOIRE, H. BOSSE-PLATIERE, Y. FAVIER, *Droit de la famille*, JCP G n°28, Juillet 2009, chron, 115

[224] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Infortune et regrets – à propos de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures : suite…* », Dr. famille n°12, Décembre 2009, étude 33 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Opérations de liquidation après divorce : précisions* », Dr. famille n°1, Janvier 2010, étude n°3

Le nouvel article 267-1 du Code civil et le renvoi pur et simple au Code de procédure civile anéantissent tout particularisme et applique une uniformisation des règles en la matière, puisque le droit commun de la liquidation et du partage interviennent.

ii.Des pouvoirs liquidatifs encadrés par l'article 267 du Code civil

Même si le juge aux affaires familiales détient la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux et le divorce, ces deux compétences sont précisément différenciées par la circulaire du 16 juin 2010, puisqu'elle contribue à confirmer l'objectif du législateur, prévue dans la loi du 12 mai 2009, de scinder les deux instances en divorce et en liquidation[225].

Avant que le juge aux affaires familiales soit doté de cette compétence, l'article 267 du Code civil issu de la loi du 26 mai 2004 élargissait ses pouvoirs liquidatifs en l'autorisant à octroyer une avance sur leur part de communauté ou de biens indivis à l'un des époux ou aux deux, ou encore en statuant sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle, en statuant également sur tous les désaccords préexistants entre les époux qui lui sont soumis, sous réserve qu'un projet d'état liquidatif contenant des informations suffisantes ait été dressé par un notaire désigné sur le fondement de l'article 255 10° du Code civil.

L'ensemble de ces pouvoirs constituant un élargissement des compétences de ce juge aux affaires familiales, même si le tribunal de grande instance restait chargé des difficultés relatives à la liquidation du régime, ce magistrat n'étant plus saisi en prononçant le divorce, figurent dans la circulaire comme des pouvoirs circonscrits, à l'appui de solutions restrictives.

L'article 267 du Code civil, ce texte précise pour les désaccords persistants, que le juge « *doit répondre aux prétentions formulées* » quand le projet du notaire contient des informations suffisantes, et que l'un des époux le demande. Elle rappelle aussi que le juge ne peut débouter les parties que si le premier élément fait défaut. Cet article 267 du Code civil démontre le rôle

[225] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ? – (à propos de la circulaire du 16 juin 2010 (n°CIV/10/10) ayant pour objet la présentation de l'article 14 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 et du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009)* », Dr. famille n°1, Janvier 2011, étude 5

primordial des parties, puisqu'il leur appartient de présenter une demande sur le fondement de ce texte. La circulaire renforce leur rôle à partir du moment où elles ont présenté leur demande, le juge devant répondre à celle-ci. Désormais, le juge aux affaires familiales ne pourra pas se défausser sur le notaire, qui n'est pas encore nommé à ce stade de la procédure, ni s'abstenir de trancher la demande en renvoyant à la liquidation à venir. Le juge aux affaires familiales retrouve dans ce domaine un rôle très actif que l'on retrouve dans la jurisprudence concernant « le déni du justice » en matière de liquidation[226]. Une accélération de la liquidation pourra être obtenue par les avocats, en évitant à leur client d'assigner une fois le divorce prononcé. Pour cela, les dires énoncés devant le notaire doivent être suffisamment précis, pour que celui-ci puisse rendre un rapport de qualité. De nombreux avantages sont perceptibles, puisqu'une fois les désaccords tranchés, le juge pourra renvoyer devant le notaire uniquement à fins d'établissement de l'acte de partage.

Concernant l'obligation d'assigner, la circulaire énonce qu'en dehors des désaccords persistants tranchés sur le fondement de l'article 267 du Code civil, nul texte n'autorise le juge du divorce à statuer sur la liquidation du régime matrimonial, et qu'il ne peut davantage désigner un notaire ou commettre un juge[227]. Dans ce cas, le juge du divorce a rempli sa mission et est dessaisi de tout le reste de la procédure, puisqu'il n'a aucun pouvoir pour pouvoir ordonner quoi que ce soit sur le plan liquidatif.

Ainsi, elle soutient que le juge n'est plus saisi en prononçant le divorce et que les seuls pouvoirs qu'il détient au moment de son prononcé sont ceux expressément prévus à l'article 267 du Code civil. Aucun texte ne lui permet d'intervenir en matière de liquidation de régime matrimonial, à l'exception de ce dernier, pas plus qu'il peut désigner un notaire aux fins de procéder aux opérations de liquidation et partage des intérêts patrimoniaux ou commet un juge.

[226] Cass. 1ère civ., 8 juill.2010 (trois arrêts), chronique de droit des régimes matrimoniaux, p.50
[227] Article 267-1 C. civ et article 1360 CPC

iii.L'exigence d'une assignation en partage distincte de l'assignation en divorce.

Avant que la loi du 12 mai 2009 ne soit définitivement adoptée, une polémique était apparue selon laquelle le juge aux affaires familiales peut continuer à être saisi par un procès verbal de difficultés dressé par un notaire, éventuellement désigné lors du prononcé du divorce.

Cette dernière a définitivement disparue dans la réécriture de l'article 267-1 du Code civil qui prévoit désormais que « les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux se déroulent selon les règles fixées par le Code de procédure civile. » La spécificité de la liquidation et du partage des intérêts des époux après divorce n'est plus d'actualité et seul l'article 1136 du Code de procédure civil relatif au partage successoral s'applique aux intérêts patrimoniaux des époux.

La circulaire n° CIV/10/10 du 16 juin 2010 a exclu que le procès verbal de difficulté puisse saisir le juge, même si cet acte peut être produit aux débats et visé dans le bordereau de pièces accompagnant l'assignation en partage dans le but de constituer la preuve de la tentative de partage amiable prévue par l'article 1360 du Code de procédure civile[228].

En outre cette même circulaire a cherché à éviter qu'une assignation en divorce puisse contenir une demande en partage. Pour ce faire, ce texte énonce que l'article 1115 du Code de procédure civile précise que la proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux mentionne les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté, de l'indivision ou de la répartition des biens, et ce, sans qu'elle constitue une prétention, ce qui démontrerait la volonté de localiser le domaine d'intervention du juge du divorce. Elle précise également qu'accepter le contraire amènerait à entraver l'obligation de tenter un partage amiable. Pourtant, la circulaire précise que le juge a la possibilité de statuer sur les désaccords persistants, du au projet liquidatif établi par le notaire désigné au début de la procédure selon l'article 255 10° du Code civil, qui amène forcément à en conclure que le partage amiable est un échec.

[228] Ibid

Enfin, cette circulaire énonce que la demande en partage formée lors d'une procédure de divorce se heurterait à une fin de non recevoir du au défaut d'intérêt actuel à agir, étant donné que le régime matrimonial n'est toujours pas dissous

L'analyse de ces textes présente la fin de certaines pratiques judiciaires qui dans l'esprit de la loi du 26 mai 2004 désirant apaiser les conflits de l'après divorce et gagner en rapidité dans la procédure voulaient favoriser la liquidation et le partage en permettant qu'un procès verbal de difficultés rédigé par un notaire désigné par le juge aux affaires familiales lors du prononcé du divorce pouvait saisir le tribunal. Suite aux recommandations de la Commission Guinchard qui relevait que certains juges aux affaires familiales, une fois avoir prononcé le divorce, rédigeaient des actes liquidatifs relatifs à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux hors toute saisine. L'explication de la nouvelle rédaction de l'article 267 du Code civil serait issue de cette pratique, laissant place aux règles relatives aux partages successoraux en la matière.

Ainsi, jusqu'à la loi du 12 mai 2009, seul le tribunal de grande instance était compétent dans le domaine de la liquidation des intérêts patrimoniaux. L'offre de cette compétence verticale au juge aux affaires familiales est désormais consacrée par cette loi, tout comme la logique de l'application des règles des partages successoraux concernant la liquidation du régime matrimonial des époux.

Le juge aux affaires familiales n'est plus le juge des enfants ou des pensions alimentaires. Il devient un juge du patrimoine avec des relations différentes avec les notaires et une remise en cause des compétences du tribunal de grande instance pour l'avenir.

b.Le renforcement du bloc de l'autorité parentale par la tutelle des mineurs

Plusieurs points sont abordés par la commission Guinchard dont les mesures de tutelle, l'administration légale et la tutelle des mineurs, l'exclusion des mesures de protection des majeurs vulnérables et l'exclusion du juge des enfants[229].

A propos des mesures de tutelle, l'administration légale des biens d'un enfant mineur, ainsi que la tutelle intéressant un tel enfant relève à ce jour du tribunal d'instance. Elles forment un bloc de compétences avec les mesures de protection des majeurs vulnérables. Le transfert de ce bloc de compétences au juge aux affaires familiales est envisagé, ce juge étant le garant de la protection des familles et de la personne[230].

Initialement prévue au 1er janvier 2010, la prise de conscience de la surcharge de travail supplémentaire du juge aux affaires familiales, des greffiers et des greffiers en chef, sans oublier la nécessité de créer des postes en proportion de ce transfert et le retard considérable des tribunaux dans la mise en application de cette réforme, un report a été indispensable. Deux circulaires, une du 4 aout 2009, et une seconde du 22 juin 2010 sont intervenues[231], afin de fixer définitivement la date de l'effectivité de la nouvelle attribution du juge aux affaires familiales en matière de tutelle des mineurs au 1er janvier 2011[232].

Concernant l'administration légale et la tutelle des mineurs, cette administration légale des biens d'un enfant mineur est en lien avec l'autorité parentale. Il faut relever le lien étroit entre l'administration légale relevant du juge des tutelles et l'autorité parentale de l'enfant relevant de la compétence du juge aux affaires familiales. Lorsqu'une tutelle des mineurs est ouverte au profit d'un enfant, en l'absence de ses parents, le juge des tutelles intervient, organise et préside le conseil de famille qui prend la place des parents dans le but de régler les conditions générales de l'entretien et de l'éducation de l'enfant[233], le tuteur ayant pour mission de prendre soin de la personne du mineur et de le représenter dans les actes civils[234]. Le juge des

[229] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p.226-228

[230] A. CARON-DEGLISE, T. VERHEYDE, « *La nouvelle juridiction des tutelles : entre scission et rattachement au Réseau Famille* », AJF 2008, p.324

[231] A. CHOUK, Fiche pratique « *Compétence et organisation des juridictions* », AJF 2010, p.420

[232] M. BRUGGEMAN, « *Adaptation de la procédure aux transferts de compétence en matière de protection juridique des mineurs et des majeurs* », Dr. famille, Février 2010, alerte 10

[233] Article 449 C. civ

[234] Article 450 C. civ

tutelles est obligatoirement obligé de prendre des décisions concernant la personne de l'enfant, son lieu de résidence, les modalités de son entretien, exactement les mêmes décisions que le juge aux affaires familiales doit prendre lorsqu'il est confronté à des situations qui lui imposent de les prendre.

Ici, l'intérêt de l'enfant prévaut et guide la décision du juge, qui sera d'autant plus facile à prendre lorsqu'il disposera d'une vision d'ensemble de la situation de l'enfant et de sa famille. La commission propose d'attribuer au juge aux affaires familiales la qualité du juge des tutelles des mineurs, afin de contribuer et d'amplifier la communication entre les différents acteurs intervenant pour l'intérêt de l'enfant. Ce transfert permet de s'accompagner d'une certaine modernisation des dispositions applicables à l'administration légale, notamment sous contrôle judiciaire, qui ne semblent plus appropriée à l'évolution des mineurs.

Le domaine des mesures de protection des majeurs vulnérables est exclu. Il est clair que la protection de ces personnes relève du droit des personnes et que l'intervention du juge est motivée par des constatations médicales et sociales, amenant à un état de particulière vulnérabilité, pour lequel la justice doit intervenir dans le but de garantir durablement une protection appropriée à la personne vulnérable. A l'inverse ; le droit de la famille n'est perçu ni sous l'angle médical, ni sous celui de la précarité sociale, ni sous celui de la contrainte. Ainsi, suite à la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, entrée en vigueur le 1er janvier 2009, qui crée un dispositif très complet et presque autonome pour le droit des personnes vulnérable, la commission considère que les mesures relatives à la protection des majeurs vulnérables doivent demeurer de la compétence du tribunal d'instance.

Suite aux recommandations de la commission Guinchard, la loi du 12 mai 2009 relative à la simplification du droit renforce le bloc de compétences du juge aux affaires familiales par l'introduction d'un nouvel article L 213-3-1 dans le Code de l'organisation judiciaire, qui ajoute à ses attributions les mesures de tutelle concernant les mineurs jusqu'ici dévolues au tribunal d'instance. Néanmoins, le juge d'instance demeure compétent en matière de tutelle des majeurs. De plus, les appels formés contre les décisions des juges d'instance, en matière de protection juridique des majeurs, sont désormais soumises au droit commun suite à l'abrogation de l'article L 211-5 du Code de l'organisation judiciaire et doivent être portées devant la cour d'appel et non plus devant le tribunal de grande instance.

SECTION 2 : Le dépassement du recours au juge aux affaires familiales

Le recours aux tribunaux de l'ordre judiciaire constitue la voie classique de solution au conflit. Mais aujourd'hui, le justiciable se voit offrir d'autres voies alternatives, tels que les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC) en plein développement. Contrairement à la procédure d'arbitrage qui fait intervenir un tiers choisi par les parties, l'arbitre, qui tranche le conflit en amiable compositeur et en équité, ces Modes Alternatifs de Règlement des Conflits prévoient une tierce personne neutre qui, par des procédures et des techniques de conciliation spécifiques, soutient les parties dans la recherche d'un règlement consensuel du conflit.

En effet, les modes alternatifs de résolution des conflits, tels la médiation, permettent aux parties de continuer de dialoguer afin de trouver une solution au litige, plutôt que de se renfermer dans une situation conflictuelle. Le terme « médiation » vient du latin *mediare* qui signifie « s'interposer ». C'est donc un processus volontaire par lequel un tiers neutre et indépendant, appelé médiateur, accompagne les parties au conflit afin qu'elles puissent trouver elles-mêmes une solution à leur litige.

En droit privé, on distingue trois formes de médiation : tout d'abord la médiation conventionnelle, qui permet aux parties de décider directement entre elles de recourir à la médiation, soit de manière spontanée, soit sur la base d'une clause contractuelle le stipulant expressément. Puis on trouve la médiation institutionnelle utilisée dans le but d'éviter une action en justice, et pour régler des litiges spécifiques et individuels entre les personnes physiques ou morales et les institutions judiciaires. Enfin, il existe la médiation judiciaire, qui intervient lorsqu'une action en justice a déjà été intentée : dans cette hypothèse, le recours à la médiation sera décidé par le juge avec l'accord des parties, et l'initiative de ce recours résultera soit d'une proposition des parties au juge, soit inversement du juge aux parties.

Dans l'objectif de décharger le juge aux affaires familiales de ses prérogatives, le développement des modes alternatifs de règlement des conflits évolue en matière de conflits familiaux, pouvant faire appel à divers types de médiation (§1). La déjudiciarisation fait également son apparition, dans le même but (§2)

§1- Le développement des modes alternatifs de règlement des conflits : La médiation familiale conventionnelle et judiciaire.

Plusieurs styles de médiation peuvent être exercés par les parties, lorsqu'elles décident de recourir à ce système en cas de désaccord. La médiation conventionnelle est apparue en France dès le début des années 1980, en commençant dans les associations spontanées de soutien de la parentalité. La médiation judiciaire est intervenue plus tard dans notre système juridique, instaurée par la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, précisée par son décret n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaire. Dans l'hypothèse où un juge estime que le litige qui oppose des parties peut être réglé par la médiation, il a la possibilité de leur proposer de recourir à ce processus, ou de leur ordonner, après avoir recueilli leur accord. Ce processus, encore timide dans la pratique, est prévu en droit de la famille, et tend à se développer.

La médiation institutionnelle est un autre mode de règlement des conflits, exercer afin d'éviter une action en justice, et pour régler des litiges spécifiques et individuels entre les personnes physiques ou morales et les institutions. Pour qu'elle soit possible, ces institutions sont dotées de médiateurs à statuts variés, chargés non seulement de résoudre le différend entre l'institution et son public, mais aussi munis d'un rôle préventif et catalyseur de changement au sein de ces dernières. Ainsi, dans le milieu médical, certains litiges médicaux peuvent être confiés à la médiation médicale, le milieu ayant un ordre des médecins, tout comme le milieu bancaire, celui-ci possédant des institutions permettant de l'appliquer. Ainsi, dans le domaine bancaire, c'est la loi MURCEF qui a permis de généraliser l'exercice de la médiation comme

mode de résolution de certains litiges entre banque et client titulaire de compte de dépôt, étendue par la loi Chatel du 3 janvier 2008[235].

La médiation institutionnelle est écartée en matière familiale. En effet, par hypothèse, ce sont des particuliers ou des associations qui peuvent être sollicités pour l'exercer, ce domaine étant dépourvu d'institution, sans oublier que ce type de contentieux dépend de la volonté des parties ou du juge. Il faut également relever que le milieu associatif est important en la matière, et qu'il est délicat d'en désigner une en particulier, lui précisant comment procéder.

Le principe de la médiation familiale doit être analysé afin de comprendre son fonctionnement (A), utile dans la protection de l'intérêt de l'enfant (B). Malgré les atouts qu'il peut présenter dans la cadre du règlement des conflits familiaux, ce processus reste encore très timide en pratique, obligeant le législateur à légiférer en la matière afin d'être conforme au droit communautaire poussant à son développement (C).

A Le principe de la médiation familiale

Plusieurs types de médiation familiale peuvent être utilisées (1), et pour qu'elle soit menée à bien, le législateur à attribuer au médiateur familial un principe de spécialisation (2). Ce processus est appliqué dans un but bien précis (3), et ce, sous le contrôle du juge aux affaires familiales (4).

[235] E. NEMADIEU, « Traitement du contentieux bancaire », Th. Univ, Doctorat droit privé, Université de Saint-Etienne, dir. P. ANCEL, soutenue le 24 mars 2011

1 Distinction entre médiation conventionnelle et médiation judiciaire

La médiation est un mode de résolution des conflits consistant pour la personne choisie par les parties – médiation conventionnelle ou spontanée – ou par le juge – médiation judiciaire – à aider les parties à trouver elles mêmes une solution à leur conflit. Ce processus fait intervenir un médiateur, tiers impartial, dont la mission est de tenter, à travers l'organisation d'échanges entre les parties, de leur permettre de confronter leurs points de vue, et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose.

Les conflits familiaux peuvent connaitre deux natures de médiation familiale. L'une est la médiation familiale conventionnelle qui repose sur la volonté et l'initiative consensuelle de chacune des parties. Comme indiqué précédemment, elle consiste en la désignation d'une tierce personne ou d'un organisme, dont la fonction n'est pas de juger, n'est pas d'arbitrer et n'est pas de décider mais uniquement de rechercher, dans un esprit de bonne foi et de loyauté, une solution amiable au différend familial. Le médiateur désigné doit être un tiers impartial et choisi pour la confiance qu'il inspire aux parties, ainsi que pour ses qualités et compétences personnelles. Son rôle n'est pas d'imposer une solution, mais plutôt de donner des pistes de réflexion aux parties, afin qu'elles puissent trouver une issue à leur litige.

Rien ne les empêche de tenter librement une médiation conventionnelle en parallèle, sans solliciter une médiation judiciaire auprès du juge. Il s'agira dans ces cas précis de médiations en amont d'un procès. Le fait que les parties décident, d'elles mêmes, de se diriger en médiation conventionnelle au lieu de se lancer directement dans un procès dévoile la volonté de celles-ci de trouver des solutions à leur affrontement. En optant pour cette voie, les parties admettent que par le dialogue, le conflit peut être évité.

Dans le cadre de la médiation conventionnelle, le point le plus important est la présence du consensualisme du début à la fin du processus. Celui-ci permet plus facilement que les formes juridictionnelles, le maintien dans les liens du mariage des époux devenus adversaires aujourd'hui, et qui par ce processus, essaieront de le rester pour l'avenir, ou de se séparer dans un climat favorable.

La médiation conventionnelle peut également être prévue dans une clause. Ainsi, il peut s'agir d'une médiation « ad hoc », qui consiste pour les parties de désigner un médiateur pour les aider à résoudre leur conflit, selon des règles qu'elles auront définies ensemble. Il est tout

aussi possible de connaitre d'une médiation qui, en dehors de toute clause contractuelle préalable, désigne un centre ou un organisme de médiation pour organiser la médiation conformément à son règlement. Enfin, la clause de médiation peut être stipulée dans un contrat, voire une convention, dans le but de régler des différends éventuels par voie de médiation conventionnelle. Cette clause peut soit renvoyer à une médiation « ad hoc », soit au règlement d'un centre.

Les parties en conflit peuvent également connaitre de la médiation familiale judiciaire. Son cadre est posé par la loi du 8 février 1995 et le décret du 22 juillet 1996, qui institutionnalise la médiation judiciaire. C'est la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, qui consacre dans le code civil un recours à la médiation familiale en cas de conflit sur l'autorité parentale. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce, lui accorde d'autant plus d'importance et élargit considérablement son domaine d'intervention, puisqu'elle peut désormais concerner l'ensemble des conséquences du divorce, aussi bien personnelles que patrimoniales. En complétant avec la loi du 8 février 1995 ce processus peut être proposé lors de l'audience de conciliation, mais aussi à tout moment de la procédure, et est également la première mesure provisoire que le juge propose aux époux.

Pour que la médiation familiale judiciaire ait lieu, il faut que le juge aux affaires familiales ait été saisi par les parties. Ce magistrat ne peut en aucun cas déléguer la mission de conciliation qui lui est confiée par la loi en matière de séparation et de divorce. Ici, le processus de médiation concerne essentiellement les mesures accessoires à la tentative de conciliation comme l'autorité parentale, le lieu de résidence habituelle des enfants, ou bien encore les pensions alimentaires. Elle est facultative pour le juge lequel a la possibilité de la proposer aux parties, si le litige lui parait pouvoir être résolu par l'utilisation de ce processus[236]. La médiation ne peut avoir lieu tant que le juge n'a pas recueilli leur accord[237].

[236] Articles 255, 371-4 et 373-2-10 C. civ

[237] CA Paris, 27 juin 2002, n°2002/01409, CA Paris, 3 avril 2003, n°2002/06417, CA Paris, 09 juin 2005, n°05/02119 sur le recueil de l'accord des parties à l'exercice de ce processus s'agissant de l'autorité parentale et de l'intérêt de l'enfant, CA Douai, 16 octobre 2008, n°08/04731 concernant le refus des parties à recourir à la médiation familiale dans le cadre de la mise en place d'une résidence alternée, le conflit étant trop important, D. CALDERON-BRUNEAU, « *La médiation familiale* », Dr. famille n°6, juin 2011, prat.1

2 Le principe de spécialisation du médiateur familial

Le médiateur familial bénéficie d'un statut qui lui est propre depuis 2003 (a). Il est chargé d'une mission précise, qui est celle de ramener le dialogue entre les parties au litige, afin de les aider à lui trouver une solution (b), et pour cela, il doit être doté de certaines qualités (c).

a.Le statut du médiateur familial

Dès son apparition, le médiateur familial devait justifier d'une formation qualifiante dans les domaines psychosociaux, juridiques, de l'éducation et de la santé, et justifier d'une expérience dans le champ de la famille de plus de trois années. En 1990, un code de déontologie a été élaboré suite au premier Congrès européen de médiation familiale, précisé par la Charte Européenne de la formation des médiateurs familiaux de 1992, reprenant les exigences de la formation dans les situations de divorce et de séparation. Ce code précise sur la professionnalisation des médiateurs qu'elle est ouverte à ceux qui détiennent une compétence technique au préalable, en qualité de professionnel des sciences humaines et/ou juridiques et qui ont suivi une formation spécifique en médiation familiale[238]. Ce même code sera complété par le Forum Européen de Formation et de Recherche en Médiation Familiale en 1997[239].

Un décret réglant la question de la professionnalisation des médiateurs familiaux est intervenue le 2 décembre 2003, portant création du diplôme d'Etat de médiateur familial, délivré par le préfet de région[240]. Ce texte impose aux candidats à l'obtention du diplôme de médiateur familial de justifier dans le domaine social, sanitaire et juridique, d'un diplôme national ou d'une expérience professionnelle[241].

[238] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Faut-il réglementer la médiation familiale ?* », JCP 1993, I, 3649
[239] A. BABU, P. BONNOURE-AUFIERE, Guide de la médiation familiale, ERES, 2006, p. 13-15
[240] *Diplôme de médiateur familial*, Actualité, AJF 2004, p.7
[241] L. CADIET, T. CLAY, E. JEULAND, Médiation et arbitrage, Alternative dispute résolution, Litec, 2005, p.51

L'arrêté du 12 février 2004 est venu compléter le décret du 2 décembre 2003 quant à l'accès et au contenu de la formation, ainsi que les modalités de certification[242], lesquelles ont été encore précisées par la circulaire n° DGAS/4A/2004/376 du 30 juillet 2004. La médiation familiale profite ainsi de l'expérience de professionnels pluridisciplinaires, amenés à intervenir dans les conflits familiaux.

A ce jour, une étude récente a été réalisée par la Fédération nationale de la médiation familiale qui démontre que sur 492 médiateurs familiaux pratiquants, 350 sont titulaires du diplôme d'Etat de médiateur familial, les 142 restants étant en instance de validation soit par le biais de la validation des acquis de l'expérience, soit par la formation en voie directe[243].

Ces statistiques permettent de s'interroger sur le volume du contentieux à traiter, qui n'est pas en adéquation avec le nombre de médiateurs en exercice. Même si elles sont issues d'une revue militante, s'adressant à des lecteurs favorables à la médiation familiale, la valeur scientifique de ces données reste limitée.

b .La mission du médiateur familial

Dans le cadre d'une médiation familiale judiciaire, la mission du médiateur familial peut porter sur tout ou partie du litige, qui lui est précisément définie par le juge aux affaires familiales[244]. La décision l'ordonnant mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience[245].

Avant toute chose, il doit vérifier le consentement des parties à la médiation familiale. Il leur transmet certaines informations et leur rappelle qu'il est neutre, impartial, tenu au secret absolu des entretiens et travaille dans le respect de la loi. Il leur précise également le principe de loyauté, qui veut que chacune des parties doit faire connaitre sa position et œuvrer dans un climat de respect et d'écoute de l'autre.

[242] Titres 1, 2, et 3 de l'arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial.

[243] J.-C LAPLAUD, « *La médiation familiale en France : Points de vue des médiateurs et des services* », Colloque des 11 et 12 juin 2009 sur la médiation familiale en Europe, Réalités familiales, Revue de l'Union nationale des associations familiales, p. 11

[244] Article 131-2 alinéa1 CPC

[245] Article 131-6 alinéa 1 CPC

La médiation familiale implique l'accord des parties qui doivent croire en la neutralité et l'intégrité du médiateur. Pour cela, il doit adopter une attitude qui favorise l'expression et le dépassement des difficultés que présente le conflit à traiter.

Il doit également aider les parents à discuter dans un esprit de coparentalité des modalités d'exercice de l'autorité parentale, comme le préconise la loi du 4 mars 2002. Il doit les aider à identifier les questions en litige, à s'entendre sur les données et à exprimer leurs points de vue. En cas de difficultés d'accord, il doit faire prendre conscience aux parties en présence qu'on ne trouve pas de compromis entre des incompatibilités et que l'on ne peut avancer que si chacun désire progresser dans la même idée.

Les règles à respecter en médiation familiale doivent aussi être rappelées par le médiateur. Ainsi, afin de s'assurer de son bon déroulement, certains principes sont à appliquer par le couple. Avant toute chose, il est essentiel que les entretiens se tiennent dans un climat de confiance et de respect de l'autre, pour que le dialogue puisse s'installer. Les parties doivent également se soumettre à la divulgation et à la transparence de toutes les informations personnelles et financières nécessaires au processus de médiation familiale. Ces points doivent être abordés avec prudence, sans omettre les aspects et avantages attribués et sans oublier l'impact fiscal des décisions prises.

Pour les conséquences pécuniaires du divorce entre les époux, concernant la prestation compensatoire et la liquidation du patrimoine, le médiateur doit veiller à ce que les parties s'entourent des conseils éclairés de professionnels qualifiés tels qu'un notaire ou un avocat. Toutes les constatations et déclarations que le médiateur peut recueillir au cours de la médiation familiale ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans la suite de la procédure, sans l'accord des parties, ni dans le cadre d'une autre instance[246] ; les entretiens et leur contenu sont strictement confidentiels, quelle que soit la demande de l'une ou l'autre des parties, ou d'un tiers, et ne peuvent faire l'objet d'un rapport de ce dernier. Toute procédure judiciaire contentieuse est suspendue ou ne peut être entreprise durant l'application de la médiation familiale. Le juge garde un œil très vigilent puisque le médiateur doit le tenir informé de toute difficulté qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission[247], et il peut à tout moment mettre fin d'office à la médiation, lorsque son bon déroulement parait

[246] Article 131-14 CPC
[247] Article 131-9 CPC

compromis[248]. Enfin, le médiateur ou l'une des parties peut également mettre fin à ce processus à tout moment[249].

A l'issue du processus de médiation familiale, le médiateur aide les parties à rédiger leur projet d'entente, tout en veillant à ce que les solutions retenues par les parties respectent le cadre légal et ne soient pas contraire à l'ordre public. Dans le cas contraire, le juge aux affaires familiales se verrait dans l'obligation de refuser d'homologuer l'accord des parties.

c .Les qualités requises

Afin de garantir le bon déroulement de la médiation, le médiateur doit être indépendant, impartial, neutre, et respecter la confidentialité de l'affaire qu'il a traité. Ces qualités s'appliquent aussi bien dans le cadre de la médiation familiale conventionnelle (i) que dans la médiation familiale judiciaire (ii).

i.Dans le cadre de la médiation familiale conventionnelle :

Dans ce domaine, c'est l'accord des deux parties qui détermine les pouvoirs du médiateur et surtout les limites de son action.

Puis une autre qualité recherchée chez un médiateur est son écoute, qui lui demande une totale neutralité et objectivité. De cette écoute découle un principe logique qui est celui de la confidentialité, pierre angulaire de la médiation. Lorsque le médiateur se retrouve seul avec l'une ou l'autre des parties, laquelle avance des propositions, énonce un certain nombre d'éléments de fait, révèle des confidences, le médiateur a l'obligation de les conserver pour lui, et ne peut pas les divulguer à l'autre partie, sauf si celle-ci lui a donné l'autorisation dans le but de faire avancer la discussion. La confidentialité est primordiale, puisque les parties ne peuvent pas et ne doivent pas révéler ce qui s'est dit au cours de la médiation.

[248] Article 131-10 alinéa 2 CPC
[249] Article 131-10 alinéa 1 CPC

Cette confidentialité est liée à un troisième principe, celui de la loyauté des parties et du médiateur qui doit leur assurer une égalité de traitement, essentiel au bon déroulement de la médiation. Cet impératif de loyauté est important si les parties veulent parvenir à une solution de leur litige. En outre, elles ne doivent pas utiliser les éléments évoqués lors de la médiation, dans le but de s'en servir à l'encontre de tiers ou dans des circonstances différentes.

ii.Dans le cadre de la médiation familiale judiciaire :

Ici, on retrouve les mêmes qualités indispensables à un bon médiateur. Ainsi, l'indépendance doit être ressentie par les parties. Le médiateur ne doit avoir aucun lien direct ou indirect avec elles. Chacune des parties doit se sentir l'égale de l'autre dans le regard du médiateur. Le médiateur ne doit avoir ni parti pris ni a priori. Les parties doivent pouvoir parler avec la certitude d'avoir en face d'elles une compréhension juste.

La neutralité tient une place importante, puisque le médiateur doit être soucieux de sa position au sein de ce processus. De ce fait, il doit absolument garder une équité dans les relations qu'il crée avec les parties, aucune d'elles devant se sentir lésée, ni souffrir d'un sentiment d'injustice lors du déroulement de la médiation familiale.

La confidentialité, quant à elle, s'impose au médiateur, et est prévue dans le Code de procédure civile[250]. Toutes les constatations et les déclarations qu'il recueille lors de ce processus de médiation familiale ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans la suite de la procédure, sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans le cadre d'une autre instance. Il appartient donc aux parties et au médiateur de déterminer l'étendue de la confidentialité de leurs entretiens à l'égard du juge et des tiers.

Cependant, elles peuvent d'un commun accord, estimer que les constatations faites par le médiateur, ou certaines déclarations peuvent être invoquées dans la procédure dont le juge reste saisi ou que ces déclarations ou constatations peuvent être produites dans le cadre d'une autre instance. Sans cet accord des parties, tout ce qui a été dit ou produit durant la médiation ne doit en aucun cas être révélé. Ici, le législateur a voulu écarter toute volonté de détournement de procédure ou d'interférence entre plusieurs instances et surtout éviter qu'une

[250] Article 131-14 CPC

partie de mauvaise foi puisse se constituer, après coup, des preuves pour une autre instance ou une instance en cours par le biais de la médiation.

3. La finalité de la médiation familiale

Elle peut s'avérer d'une certaine utilité dans le cadre du rétablissement de l'autorité parentale (a), utilité qui s'est élargie par la loi du 26 mai 2004, puisque la médiation familiale fait désormais partie des mesures provisoires que peut prononcer le juge aux affaires familiales (b). Mais son objectif premier est d'obtenir un accord final (c).

a. L'utilité de la médiation familiale dans le cadre du rétablissement de l'autorité parentale

Par principe, l'autorité parentale est confiée aux deux parents, puisqu'elle est « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » et qu' « elle appartient aux père et mère 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. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité[251]. » L'idée d'exercice commun par les deux parents de l'autorité parentale est à nouveau affirmée à l'article 372 alinéa 1 du Code civil. Le législateur a précisé cette notion d'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 en accordant une plus grande importance à la protection de l'intérêt de l'enfant dans le but de protéger son besoin de continuité et de stabilité sur le plan physique, social et affectif, notamment en cas de séparation des parents[252]. Essentiels à son épanouissement, la pérennité de ses liens avec chacun de ses parents doit être maintenue, en rappelant qu'ils ont le devoir d'assumer leur rôle en restant présent auprès de l'enfant et qu'ils doivent contribuer au maintien de ce lien avec l'autre parent. Pour ce faire, le législateur a institué cette loi de 2002 relative à l'autorité parentale, qui contient deux notions majeures.

[251] Article371-1 C. civ
[252] D. GANANCIA, « *Quand la médiation familiale entre dans le code civil*. », AJF 2003, p.48

La première concerne la coparentalité qui est le droit de l'enfant de maintenir des liens égaux avec chacun de ses parents, et le droit pour chaque parent d'élever son enfant. C'est désormais une obligation grâce à la loi de 2002, qui préserve la coparentalité en cas de séparation dans l'article 373-2-9 du Code civil[253]. Dans ce texte, le législateur a supprimé la « résidence habituelle » de l'enfant, en vue de favoriser et d'encourager la résidence en alternance. Le juge aux affaires familiales va chercher un partage équilibré du temps de l'enfant entre les domiciles de chacun de ses parents, ainsi qu'une restauration égalitaire du rôle éducatif de chaque parent et de la résidence alternée.

La coparentalité n'est pas le seul composant que doit redéfinir la médiation familiale. Elle doit également responsabiliser les parents, en leur expliquant que leurs responsabilités seront plus grandes afin de préserver l'équilibre de l'enfant. C'est aussi un outil nécessaire au bon exercice de l'autorité parentale dans la séparation des parents.

Par ce texte, le législateur a instauré le principe de la primauté de l'accord des parents. Son objectif est de confier au juge aux affaires familiales la pérennité et la continuité de l'exercice de l'autorité parentale dans les familles en phase de séparation ou de divorce. En effet, celui-ci a pour mission principale, d'essayer de concilier les parties[254], avant que celles-ci ne s'engagent dans une procédure de séparation longue et difficile.

Il peut également leur proposer, s'il l'estime nécessaire dans l'affaire qu'il étudie, une mesure de médiation.[255]Le but de ce processus étant d'amener les parties à élaborer un accord durable, prenant en compte le respect du rôle et de la place de chaque membre de la famille, accompagné du médiateur familial chargé de les aider à redéfinir la place de chacun dans cette crise. Ce tiers au litige va permettre à chaque partie de se remettre en question et va les amener à déterminer les pouvoirs de chacun dans le cadre de l'autorité parentale. Le recours à la médiation familiale a pour objectif de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale. Ainsi, le juge a le choix entre proposer une mesure de médiation qui, en cas d'accord, aboutira à la désignation d'un médiateur qui y procédera, ou, enjoindre les parties à assister à une séance d'information sur la médiation[256]. Ce pouvoir d'injonction du juge permet aux couples de les soumettre à se renseigner sur ce processus,

[253] Article 373-2-9 C. civ
[254] Article 1071 alinéa 1 CPC
[255] Article 1071 alinéa 2 CPC
[256] M. REBOURG, « *La réforme de l'autorité parentale* », JCP 2002, actualité 178

lorsqu'il estime que le litige qui les oppose peut être résolu par la médiation familiale. D'autant plus, que dans l'hypothèse où elles ne sont pas convaincues des avantages de cette dernière, suite à la séance d'information, les parties sont totalement libres de revenir devant le juge aux affaires familiales.

Il faut rappeler que par la loi du 26 mai 2004, le législateur a introduit en première place la médiation familiale au sein des mesures provisoires que peut prendre le juge aux affaires familiales dans l'article 255 du Code civil. Pour le législateur, elle devient un outil privilégié dans la recherche d'un accord durable pour asseoir la coparentalité.

La coparentalité et la responsabilisation des parents étant les clés du bon exercice de l'autorité parentale, la première chambre de la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 11 septembre 2002[257] , confirmant une ordonnance du juge aux affaires familiales de Bobigny, rappelle que « la communauté d'exercice de l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère 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 ». Ici les juges du fond reprennent les termes de l'article 371-1 du Code civil, qui définit l'autorité parentale, afin de faire un lien avec la médiation et de préciser que « dans ce cadre et afin d'atteindre les objectifs ainsi définis, les responsabilités des parents leur imposent de se respecter mutuellement et d'accomplir chacun des efforts nécessaires pour traduire leurs responsabilités de façon positive dans la vie de l'enfant, notamment en respectant la place de l'autre parent et en maintenant un nécessaire dialogue entre eux, et, en cas de difficultés sur ce point, à mettre en œuvre toutes les mesures de nature à réinstaurer la communication parentale, notamment par le moyen d'une mesure de médiation familiale. »

Dans ce cas précis, les juges du fond ont estimé que le processus de médiation familiale s'impose lorsque l'exercice de l'autorité parentale est en jeu. En effet, les parents en désaccord sur ce sujet doivent recourir à cette mesure, car le dialogue et les explications de chacun sur ce différend est bien plus efficace qu'un procès devant le juge. La médiation familiale permet d'amener les parents à retrouver leur pouvoir, voire leur devoir de décision, dans le domaine de l'autorité parentale qui relève de leur responsabilité première. Elle va conduire les parties à réfléchir sur l'avenir et l'éducation de leurs enfants, tout en prenant en

[257] CA Paris, 1ère Chambre.A, 11septembre 2002 D.2002, n°43, IR p°3241

compte leur séparation, et de réinventer leur rôle respectif. Mais le but que va avant tout rechercher ce processus, c'est que l'enfant garde le contact avec ses deux parents, essentiel à son équilibre. C'est dans cet objectif que la loi du 4 mars 2002 a définitivement instauré la résidence alternée.

b. La médiation familiale : un atout récent dans les mesures provisoires du juge aux affaires familiales

L'objectif du processus de médiation familiale est d'aider les parties à élaborer un accord final. Afin d'étendre son application, le législateur a introduit la médiation familiale au sein des mesures provisoires dans la loi du 26 mai 2004. Désormais, le juge aux affaires familiales peut la proposer aux parties en cours de séparation.

C'est par la loi du 4 mars 2002 que le législateur a réorganisé l'autorité parentale et a introduit la médiation familiale dans le Code civil à l'article 373-2-10. Maintenant ce processus figure au centre du débat judiciaire et la loi du 26 mai 2004 relative au divorce[258] a renforcé son utilisation, en incluant la médiation familiale dans les mesures provisoires du juge aux affaires familiales. Cette loi a deux objectifs : le retour de la sérénité entre les époux et la mise en place rapide de la médiation familiale. Cette mesure provisoire fait partie des atouts du juge aux affaires familiales qu'il peut proposer aux parties. Son domaine d'application est plus large que celui de la loi du 4 mars 2002 puisque le juge pourra désigner un médiateur qui traitera des problèmes d'ordre parental, conjugal, personnel et patrimonial. Ainsi, lors de la rédaction de l'article 255 du Code civil[259] sur les mesures provisoires, le législateur a introduit la médiation familiale comme première solution proposée au juge afin d'inviter les parties à s'interroger sur les conséquences inhérentes au divorce. Pour permettre cette conciliation demandée au juge, la référence aux dispositions générales de la loi du 8 février 1995 relative à la médiation est nécessaire.

Le processus de médiation familiale peut intervenir à tout moment de la procédure de divorce, y compris après l'audience de conciliation dans la procédure de tronc commun, avant l'assignation ou après.

[258] V. LECLERCQ, « *La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004* » : Dr. famille. 2004, étude 23.
[259] Article 255 1° et 2° C. civ

On retrouve cette idée de deux formes de médiation : celle proposée par le juge, et celle imposée par le juge.

En matière de médiation proposée par le juge, l'accord des parties doit toujours être recueilli pour que ce processus puisse commencer. Bien entendu cet accord donné par les parties ne dessaisit pas le juge de son pouvoir de prendre rapidement toutes les mesures qui lui paraîtront nécessaires, comme le prévoit l'article 131-2 du Code de procédure civile.

Les dispositions de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative[260] ainsi que celles de son décret d'application n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires sont également applicables. La décision qui ordonne, renouvelle ou met fin à une mesure de médiation n'est donc pas susceptible d'appel[261], et la durée initiale de la médiation ne pourra pas excéder trois mois, ce délai ne pouvant être renouvelé qu'une seule fois, à la demande du médiateur[262]. En outre, ce processus étant une mesure onéreuse, une provision fixée par le juge doit être réglée par les parties, sous peine de caducité de la mesure ordonnée. Il appartient au juge de préciser le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur[263], et de désigner la ou les parties chargées à payer les frais fixés, sachant que l'aide juridictionnelle est possible.

Concernant la médiation familiale imposée, on retrouve ce pouvoir d'injonction du juge, innovation de la loi du 4 mars 2002. Grâce à cette possibilité, le juge lance un appel important aux parties de tenter de poursuivre un dialogue et de prendre conscience de leur responsabilité commune dans leur séparation et l'échec de leur relation conjugale et ou parentale. Ce deuxièmement de l'article 255 du Code civil oblige les parties à rencontrer un médiateur qui aura pour fonction principale de les informer sur les objectifs et le déroulement de cette mesure de médiation familiale. Etant donné que la décision du juge ordonne une médiation, cette dernière ne pourra en aucun cas faire l'objet d'un recours, comme le prévoir l'article 131-15 du Code de procédure civile. A nouveau deux solutions s'offrent aux parties : si elles consentent finalement à l'exercer, le processus continuera et permettra peut être d'aboutir à un accord final, homologué par le juge. Si elles ne veulent pas aller plus loin, la médiation

[260] Article 23 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative
[261] Article 131-15 CPC
[262] Article 131-3 CPC
[263] Article 131-6 alinéa 2 CPC

familiale s'arrêtera à ce rendez-vous forcé avec le médiateur. Les parties resteront dans leur conflit, et le juge non dessaisi du litige devra à nouveau réétudier l'affaire et prendre une décision.

Il est certain que les parties sont libres d'exprimer ce qu'elles veulent lors du déroulement du processus de médiation, mais cette liberté reste sous pression : dans l'hypothèse où l'une des parties fait blocage, le juge doit-il en être informé ? A priori, l'article 131-11 du Code de procédure civile ne demande pas au médiateur de motiver le rapport qu'il adresse au juge aux affaires familiales à la fin de la médiation, mais seulement de l'informer si un accord est intervenu ou non. Dans tout les cas, son impartialité lui interdit de donner son point de vue sur l'affaire qu'il examine, ni sur la responsabilité de l'une des parties en cas de non réalisation d'une entente. Au surplus, sauf accord des parties le contenu de la médiation familiale reste confidentiel pour la suite de la procédure, ce qui laisse supposer qu'à défaut d'arrangement, le médiateur n'est pas tenu de préciser à qui doit être imputé le non aboutissement de l'accord.

Après la loi 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, la médiation familiale est une nouvelle foi confortée textuellement par la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, la plaçant au rang des premières mesures provisoires susceptibles d'être proposée par le juge aux affaires familiales, lors de l'audience de non conciliation. Désormais ce texte inclu la médiation familiale non seulement sur le plan de la parentalité mais également sur le plan de la conjugalité[264]. Elle est un mode privilégié de régulation et de gestion des conflits, sans pour autant être un moyen de résolution systématique de ces derniers. L'aboutissement de vrais accords, que le juge aux affaires familiales ne peut ignorer, témoigne d'un réel sérieux de ce processus[265].Il s'ouvre à un domaine plus large, s'offrant aussi bien au conjoint et aux enfants

[264] S. THOURET, « *Les mécanismes procéduraux issus de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce* », Procédures, Juin 2004, étude 8

[265] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *La réforme du divorce atteindra t-elle ses objectifs ? Troisième partie : les risques d'immobilisme* », Dr famille, Septembre 2004, étude 19

qu'aux mesures personnelles et patrimoniales, et fait définitivement partie de la procédure de divorce[266].

c. Un processus en vue d'un accord final

Dès le commencement de la médiation familiale, l'objectif à atteindre est de se rapprocher de l'accord durable à chaque séance, jusqu'à ce que les parties avec l'aide du médiateur, finissent par le trouver ensemble. Cet accord est le fruit de leur réflexion, même si pour y parvenir, elles doivent sacrifier certains points de vue et certaines valeurs.

Afin d'aboutir à cet accord durable, la réflexion des parties débute dès les premières séances de médiation familiale, en évoquant chacune à leur tour ce qu'elles ressentent vis-à-vis de leur relation actuelle. Durant leurs séances, si elles l'estiment nécessaire, les parties peuvent faire intervenir des tiers qui souhaitent s'exprimer[267]. Ces tiers peuvent être les grands-parents, les frère et sœur des parties, ou bien encore des amis proches. Leur intervention permet d'apporter une vision beaucoup plus précise du conflit, et de donner des informations que les parties auraient omis de communiquer. Mais lorsque les parties se trouvent dans une situation de séparation ou de divorce, les descendants des parties en cause ne peuvent en aucun cas témoigner sur les raisons qui les poussent à se séparer[268]. L'enfant ne peut être convoqué lors des séances de médiation familiale, afin de faire connaitre son opinion sur ce qu'il pense de la séparation de ses parents.

Il est possible d'envisager que cet accord soit une transaction, et que « cette transaction soit un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.[269] » Tout ce que les parties auront décidé ensemble fera partie de cette transaction.. En revanche, les parties ne peuvent pas transiger sur la faute. Cet accord revêt plutôt la forme d'un contrat, d'un pacte rédigé.

[266] V. LECLERCQ, « *La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004* » : Dr. famille. 2004, étude 23.
[267] Article 131-8 alinéa 1 CPC
[268] Article 205 CPC
[269] Article 2044 alinéa 1 C. civ

Il doit « être rédigé par les parties.[270] » L'accord des parties est toujours un acte sous seing privé, c'est-à-dire un acte juridique[271], rédigé soit par le médiateur familial aux vues de la décision des parties[272], soit par les parties elles-mêmes avec l'aide du médiateur. De plus, il est signé soit par le médiateur et les intéressés, soit uniquement par eux au moment de la médiation familiale ou après. Cet accord détient des effets juridiques mais n'a pas de force exécutoire. Ainsi, lorsque l'accord est l'aboutissement du processus de médiation, la force exécutoire de ce dernier passe par la voie de l'homologation à la demande conjointe des parties dans le cadre d'un débat contradictoire entre elles[273].

4. Le contrôle du juge aux affaires familiales

La médiation familiale judiciaire n'est pas une délégation du juge, car elle ne confère au médiateur aucun pouvoir propre et demeure sous son contrôle. L'article 131-2 alinéa 2 du Code de procédure civile précise qu'elle ne dessaisit en aucun le juge, qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires. Cette disposition délimite les pouvoirs et devoirs respectifs de chacun : le médiateur a pour fonction de favoriser la conclusion d'un accord, et le juge a toujours pour mission de juger en cas d'échec du processus. Le médiateur ne se substitue par au juge qui conserve son imperium.

Le médiateur n'a le pouvoir ni de juger, ni d'instruire l'affaire, et ne doit pas indiquer aux parties ce que devrait être la solution judiciaire, même prévisible.

L'article 131-9 du Code de procédure civile énonce que le médiateur doit tenir le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission. Le juge conserve un double rôle dans le processus de médiation[274]. Tout d'abord, un rôle préventif afin d'éviter toutes dérives, lui permettant de mettre fin à tout moment à la médiation, sans avoir à motiver sa décision. Puis, un rôle positif dans le but d'ordonner les mesures d'administration judiciaires propres, pour parvenir à la solution amiable du litige avec le concours du

[270] Article 2044 alinéa 2 C. civ
[271] Article 1322 C. civ
[272] P. BOUNNOURE-AUFIERE, « *L'écrit des accords en médiation familiale : de l'intention à l'action* » ; AJF 2003, p° 177.
[273] Article 131-12 CPC
[274] M. BOURRY-D'ANTIN, G. PLUYETTE, S. BENSIMON, Art et techniques de la médiation, Litec 2004, p.167-168

médiateur. C'est ainsi qu'il peut proroger la durée du délai, qui ne peut excéder six mois, ou bien encore prescrire des mesures d'instruction nécessaires à la poursuite de la médiation

Lorsque la médiation est terminée, les parties demandent au juge aux affaires familiales de bien vouloir homologuer leur accord, c'est-à-dire lui donner force exécutoire, pour que celui-ci puisse être exécuté et respecté par les protagonistes[275].

Quant au médiateur, lorsque sa mission est terminée, il doit informer par écrit le juge sur la conclusion du processus, à savoir si les parties sont parvenues à trouver une solution à leur conflit ou si elles ont échoué[276].

Même si les parties tiennent une place centrale dans le déroulement du processus de médiation familiale, elles restent sous l'autorité du juge qui reste vigilant quant au respect de son exercice.

Malgré certaines libertés décisionnelles accordées au médiateur, le juge aux affaires familiales va chapeauter et contrôler l'ensemble du processus.

Lors des prémices de la médiation familiale, c'est le juge qui va proposer une mesure de médiation aux parties en conflit qu'il va recevoir, en restant toujours saisi de l'affaire[277]. Depuis la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce, il peut également leur enjoindre[278], c'est-à-dire les obliger à se renseigner sur le déroulement du processus, afin qu'elles en comprennent le déroulement, sa fonction et son but[279].Il faut également souligner que ce n'est pas parce que le juge propose une mesure de médiation aux parties, qu'il en est dessaisi, bien au contraire[280], puisqu'il garde un contrôle constant durant tout le processus. Pour cela, il peut prendre à tout moment, toute mesure qu'il estime nécessaire pour les besoins de la médiation.

[275] Article 131-12 CPC

[276] Article 131-11 alinéa 1 CPC

[277] Article 131-1 CPC, et Articles 255 1 et 373-2-10 alinéa 2 C. civ

[278] CA Colmar, 29 novembre 2004, n°04/04094, CA Nîmes, 02 mars 2005, n°04/00138, CA Riom, 13 juin 2006, n°06/00959, CA Nîmes, 23 mai 2007, n°06/00036, CA Aix en Provence, 26 novembre 2008, n°08/00023, s'agissant du pouvoir d'injonction du juge aux affaires familiales en matière de médiation familiale, D.CALDERON-BRUNEAU, « La médiation familiale », Dr. famille n°6, Juin 2011, prat.1

[279] Articles 255 2° et 373-2-10 alinéa 3 C. civ

[280] Article 131-2 CPC

En matière de médiation judiciaire, ce n'est pas les parties qui choisissent leur médiateur, mais le juge saisi de l'affaire qui le désigne. Lorsque la mesure de médiation proposée par le juge est acceptée par les parties, le médiateur, s'il accepte la mission qui lui a été confiée par ce même juge, doit l'en informer[281].De plus, pendant la médiation familiale, le médiateur ne détient aucun pouvoir d'instruction, contrairement au juge saisi d'une affaire, qui détient de nombreux pouvoirs afin d'obtenir des informations sur le litige auquel il est confronté, et il ne peut en aucun cas être commis, au cours de la même instance, afin d'effectuer une mesure d'instruction[282].

Toujours lors de la médiation, le médiateur doit informer le juge de l'évolution du processus, en signalant chaque difficulté qu'il rencontre[283].

C'est également le juge qui décidera de la rémunération du médiateur, et qui l'autorisera à se faire remettre les sommes consignées par le greffe, jusqu'à due concurrence[284].

Le juge peut mettre fin au processus soit à la demande d'une partie, soit à la demande du médiateur, et peut également le stopper d'office lorsqu'il estime que le bon déroulement de la médiation est compromis[285].

Le juge va examiner si l'accord intervenu devant le médiateur est conforme à l'intérêt de l'enfant et des parents[286], et s'il estime que cet accord répond aux règles, il l'homologue[287], sinon les parties retrouvent le procès de droit commun[288].

Finalement, le législateur, même favorable à une plus grande aisance des parties dans la médiation familiale, a doté le juge d'un contrôle important sur l'ensemble du processus

[281] Article 131-7 alinéa 2 CPC

[282] Article 131-8 CPC

[283] Article 131-9 CPC

[284] Article 131-13 alinéas 1 et 3 CPC

[285] Article 131-10 alinéas 1 et 2 CPC

[286]CA Besançon, 5 septembre 2003, n°03/00042, CA Aix en Provence, 5 décembre 2007, n°06/14508, CA Lyon, 1er juillet 2008, n°07/07246, s'agissant d'accord conforme à l'intérêt de l'enfant, D. CALDERON-BRUNEAU, « *La médiation familiale* », Dr. famille n°6, Juin 2011, prat.1

[287] CA Lyon, 1er juillet 2008, n°07/07246, s'agissant d'un accord librement négocié par les parties, CA Paris, 7 mai 2003, n°2002/12515, CA Besançon, 05 septembre 2003, n°03/00042 concernant une négociation éclairée, D. CALDERON-BRUNEAU, « *La médiation familiale* », Dr. famille n°6, Juin 2011, prat.1

[288] CA Poitiers, 10 juin 2003, n°01/03515, CA Amiens, 24 octobre 2007, n°06/04031, D. CALDERON-BRUNEAU, « *La médiation familiale* », Dr. famille n°6, Juin 2011, prat.1

Mais cette fragilité de l'autonomie du médiateur ne serait-elle pas nécessaire afin de rendre plus crédible le processus de médiation familiale ? Nonobstant les initiatives du législateur pour encourager les magistrats quant à l'utilisation de la médiation familiale, sa mise en place reste très limitée.

B La médiation familiale et l'enfant

Malgré les multiples efforts du législateur en matière d'apaisement des conflits familiaux, la pratique éprouve des difficultés certaines à atteindre les objectifs espérés par les textes en vigueur. En effet, dans de nombreuses procédures de séparation de couples non mariés ou de divorce, les conflits persistent.

Ceci ce remarque dans la procédure de divorce par consentement mutuel, qui même si elle est beaucoup plus allégée que les autres cas de divorce, il n'empêche que lorsque les parties sont entendues par le juge aux affaires familiales, ces dernières peuvent laisser transparaitre quelques tensions qui nécessitent d'être exprimées devant lui.

Cependant, selon Marc Juston, juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de Tarascon, dans tous les conflits familiaux, les parents omettent encore de prendre en considération les réactions des enfants, objet des tiraillements entre eux. Premier spectateur de la séparation de ces derniers, l'enfant est aussi victime et arbitre. Egalement témoin des aléas du contentieux, la médiation familiale peut paraître une réponse adéquate, permettant de définir exactement l'intérêt de l'enfant en question, tout en laissant au juge sa fonction de garant de la bonne application de la loi[289].

La médiation familiale peut intervenir pour répondre à la protection de l'enfant. Afin de préserver l'équilibre de ce dernier, des relations saines avec ses deux parents sont primordiales à son épanouissement. C'est ce qu'a mis en place le législateur par le biais de la coparentalité, grâce à la loi du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale. La mise en œuvre de ce processus permet aussi à l'enfant de trouver sa place d'enfant dans le procès de ses parents, sans pour autant en être l'arbitre. Outil de responsabilisation des parents et d'exercice

[289] M. JUSTON, « *L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ?* », Dr. famille, Janvier 2010, étude 2

de la coparentalité, la médiation familiale rétablit chaque membre de la famille à la place qui est la sienne[290].

Lorsque l'enfant est invité à participer à la médiation familiale, l'objectif est de recueillir sa parole, élément de plus permettant d'aider ses parents à avancer, et lui donne la possibilité d'entendre le résultat de la médiation.

Pour autant, sa place est encore imprécise. Tel a été le thème du Colloque des 11 et 12 juin 2009 sur « l'enfant et la médiation familiale en Europe ». La place de l'enfant laisse apparaitre deux camps qui s'opposent. Les partisans de la présence indirecte affirment que la médiation familiale est réservée aux seuls parents, ce processus étant exercé que par la seule volonté de ces derniers. En effet, les parties savent ce qui est le mieux pour leur enfant, et par conséquent, il est inutile de le faire intervenir lors de la médiation familiale. De plus, le médiateur familial peut manquer de formation dans la réception de la parole de l'enfant, et dans ce cas, l'intervention d'un expert qualifié est nécessaire, chargé de rédiger un rapport faisant état de cette parole. A ce courant s'opposent les partisans de la présence directe qui considèrent que la présence de l'enfant est indispensable, d'une part, par les textes, la Convention internationale des droits de l'enfant affirmant que l'enfant doit accéder à ses deux lignées et donc rester en lien avec ses deux parents, et d'autre part, parce que l'enfant est un acteur du conflit de ses parents[291]. La médiation familiale mélange ces deux courants, en fonction de la nécessité de la présence de l'enfant au processus. Pourtant cette mesure a évolué faisant désormais appel à des professionnels multidisciplinaires, dotés de pratiques pouvant prendre des formes diverses, par des entretiens décalés durant le processus, certains avec l'enfant seul, d'autres avec la fratrie ou des groupes d'enfants. Le but de ces rencontres est de permettre au médiateur de recueillir des informations sur ce que ressent l'enfant, renseignement se combinant avec ceux des parents. Ces échanges ne peuvent avoir lieu sans l'accord des parties. Selon l'origine professionnelle du médiateur, les techniques utilisées divergent : ainsi, certain recourent à l'expression écrite ou au dessin, pendant que d'autres préféreront un véritable échange avec l'enfant. Durant ces séances, le médiateur devra vérifier la compréhension de la séparation, évaluer la possibilité de proposer une solution, permettre à l'enfant d'estimer ses besoins, rappeler le cadre légal et favoriser la remise en place d'un

[290] M. JUSTON, « *L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant* », Dr. famille, Mars 2008, étude 10

[291] J. DAHAN, « *La place de l'enfant en médiation familiale : panorama des pratiques et des concepts en Europe* », Colloque européen « l'enfant et la médiation familiale en Europe », Revue de l'Union nationale des associations familiales 92-93, 2010, p.20

dialogue. Pourtant il est évident que la première difficulté pour le médiateur est de déterminer l'intérêt de l'enfant en question. Cette méthode va lui permettre de porter un regard sur la manière dont les parents prennent en compte l'opinion de leur enfant, et d'examiner s'il n'est pas manipulé par l'un d'eux.

Selon les écrits des défenseurs de la médiation familiale[292], l'intervention de l'enfant au processus de médiation familiale va permettre de responsabiliser d'autant plus les parents, et de faire prendre conscience à ce mineur des réels changements qui sont en train de s'opérer dans sa famille. Cette opportunité de parole lui permettrait par ailleurs de s'exprimer et de dire ce qu'il ressent en toute simplicité à une autre personne que ses parents[293]. Ainsi, il peut être appelé à s'exprimer à tout moment de la médiation, afin de permettre à ses parents de l'informer des décisions et de la prochaine organisation de la famille.

Il ressort de ce colloque que l'enfant est présent et/ou est représenté lors du processus de médiation familiale et est très souvent l'élément déclencheur du recours à cette dernière. Pour autant, il persiste toujours un risque d'oubli de l'enfant, ses parents étant trop préoccupés à régler les divergences de leur séparation, l'enfant ne devenant qu'un objet, une arme pour altérer leur relation fragile. Il revient au médiateur de juger de la véritable opportunité de l'intervention de l'enfant dans le processus de médiation familiale, sans méconnaitre son intérêt[294].

C La concrétisation du souhait d'une médiation familiale plus présente

Malgré son introduction dans le Code civil, la médiation familiale n'a pas convaincu les professionnels du droit (1). Afin de favoriser son utilisation, des textes tentent de faciliter son application (2).

[292] ibid

[293] S. THOMSEN, « *La place de l'enfant dans la médiation familiale* », Colloque européen « l'enfant et la médiation familiale en Europe », Revue de l'Union nationale des associations familiales n°92-93, 2010, p.24

[294] B. BASTARD, « *L'évolution des politiques familiales et de l'enfant en Europe* », Colloque européen « l'enfant et la médiation familiale en Europe », Revue de l'Union nationale des associations familiales 92-93, 2010, p.13

1. Un processus d'apaisement des conflits familiaux très peu utilisé

Pour un certain nombre d'avocats et de juges aux affaires familiales, la médiation familiale n'est pas entrée dans les mœurs et suscite encore des interrogations, voire une certaine méfiance. Malgré l'insertion de la médiation familiale dans le Code civil par la loi du 4 mars 2002, et son apparition en première ligne dans les mesures provisoires envisagées par le juge aux affaires familiales depuis la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, ce processus demeure peu pratiqué, les magistrats n'en éprouvant pas le besoin. Malgré l'instauration d'un diplôme d'Etat de médiateur familial, une politique de subventionnement par les différents ministères concernés, une sensibilisation des magistrats lors de leur formation, et un développement d'actions au niveau local, dans chaque Cour d'appel, le procédé peine à se mettre en place[295].

Le médiateur tenu à la confidentialité, ne peut divulguer aucune information sur l'affaire qu'il a traitée. Le manque de confiance à l'égard de cette technique d'apaisement des conflits se fait sentir vis-à-vis des professions du droit, et notamment du juge des enfants, du juge aux affaires familiales et des avocats. Pour Hélène Poivey-Leclercq et Béatrice Weiss-Gout, ce processus ne parvient pas à se développer en raison d'un manque de moyens lié à la volonté du législateur de vouloir le rendre le plus proche de la gratuité pour le justiciable, et est, en outre, victime d'une bataille entre juristes et travailleurs sociaux[296].

Il est clair que la médiation est restée au stade de réflexion dans le monde judiciaire contrairement à celui de la politique, où le législateur et le parlement européen lui offrent une réelle place dans l'organisation judiciaire. Lors de l'installation du groupe de travail concernant le contentieux civil présidé par le recteur Serge Guinchard, Madame Rachida Dati, garde des Sceaux, avait fait connaitre sa volonté d'encourager le développement des procédures de conciliation et de médiation, en soulignant que le règlement amiable des différends était à privilégier, chaque fois que la situation le permettait.

[295] Rép. Min. n°39121 à M. Estrosi : JOAN Q 27 juillet 2004, p.5857, Procédures, Octobre 2004, alerte 24

[296] H. POIVEY-LECLERCQ, B WEISS-GOUT, « *Regards croisés sur les états généraux du droit de la famille* », JCP 2007, I, 102

2. Les textes fondateurs d'encouragement à la médiation familiale

Face à la méfiance de la pratique de la médiation familiale par les professionnels du droit, l'Union Européenne s'est trouvée contrainte de légiférer en la matière (a). De cette directive européenne n°2008/52/CE du 21 mai 2008, est issu le rapport Guinchard qui propose certaines mesures dans le but de favoriser son exercice (b), rapport qui a donné naissance au décret du 12 novembre 2010, texte reprenant l'ensemble des propositions suggérées par les précédents textes (c).

a.La directive européenne

Le parlement européen a adopté quant à lui une directive européenne n°2008/52/CE du 21 mai 2008 relative à la médiation en matière civile et commerciale, publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne le 24 mai 2008 et devant être transposée par les Etats membres avant le 21 mai 2011[297]. Elle prévoit que ses dispositions « *ne devraient s'appliquer qu'à la médiation des litiges transfrontaliers, mais que rien ne devrait empêcher les Etats membres de les appliquer également aux processus de médiation internes.*[298] » De plus, elle précise dans son quatorzièmement qu' « *aucune disposition de la présente directive ne devrait affecter une législation nationale rendant le recours à la médiation obligatoire ou soumis à des incitations ou à des sanctions, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire.* » Ainsi, si la législation d'un Etat membre décide de rendre le processus de médiation obligatoire, la présente directive ne peut l'en empêcher, cette dernière ayant pour objet de donner un cadre à la médiation civile et commerciale, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire : la confidentialité et la possibilité de rendre exécutoire l'accord issu de la médiation sont ainsi garanties par le projet de loi.

Ce texte impose aux Etats membres d'encourager la formation des médiateurs et l'élaboration de codes de conduite volontaires afin de garantir une procédure équitable. En outre, la directive donne la possibilité à tout magistrat de la Communauté, de proposer aux

[297] Directive du Parlement européen et du Conseil n°2008/52/CE du 21 mai 2008, article 12 alinéa 1 relatif à la transposition
[298] Directive du Parlement européen et du Conseil n°2008/52/CE du 21 mai 2008, 8°

parties d'assister à une réunion d'information sur la médiation, et ce, à chaque étape de la procédure, et le cas échéant, d'inviter les parties à y recourir. Ce texte est l'une des deux suites consécutives au Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits présenté par la Commission européenne en 2002, l'autre concernant le Code de conduite européen sur les médiateurs lancé en 2004. De surcroit, elle permet de rendre exécutoire l'accord issu de la médiation. Pour cela, le consentement de toutes les parties doit être recueilli, exécution qui peut être ordonnée par le juge ou toute autre autorité compétente. Enfin, elle garantit la confidentialité et la non réutilisation des informations présentées pendant la médiation au cours des diverses anciennes procédures judiciaires, et prévoit des délais de prescription afin de ne pas empêcher les participants à ce processus de pouvoir exercer une action en justice[299].

Certains points de la directive sont l'objet d'un projet de loi, qui dans son chapitre III relatif à la médiation, autorise enfin le Gouvernement à transposer par voie d'ordonnance la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale et à étendre, le cas échéant, les dispositions prises aux médiations qui ne sont pas de nature transfrontalière. Ce projet de loi est actuellement discuté devant le Sénat, texte constituant une véritable opportunité pour la profession d'avocat.

En outre, le Conseil d'Etat a rendu un rapport le 22 septembre 2010 intitulé « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne », dans lequel il présente un ensemble de propositions dans le but de renforcer les garanties entourant la médiation et désire mettre en place des mécanismes de contrôle de la qualité de la médiation au sein desquels les avocats pourraient détenir un rôle de premier plan[300].

[299] M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO, « *Droit international et européen* », JCP 2008, I, 161 ; J.-B. RACINE, *Présentation de la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Revue Europe n°12, décembre 2008, étude 10

[300] T. WICKERS, *Allocution de bienvenue*, Colloque des Etats généraux du droit de la famille, Gaz. Pal n°84 et 85, du vendredi 25 et samedi 26 mars 2011, p.5

b.La commission Guinchard

Dans l'objectif de transposition de la directive européenne n°2008/52/CE, le rapport de la Commission Guinchard concernant la répartition des contentieux, a été remis à Madame Rachida Dati, garde des Sceaux, le 30 juin 2008. Il préconise dans sa proposition 49, la désignation d'un magistrat coordinateur de l'ensemble des activités en matière de famille et de personne, et d'un référant au sein de chaque tribunal de grande instance. Il propose aussi la rédaction de listes de médiateurs par tribunaux de grande instance, en lien avec le réseau famille pour les médiateurs familiaux. Enfin, par la généralisation du pouvoir reconnu au juge aux affaires familiales, le rapport suggère d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur, pour une réunion gratuite d'information sur cette méthode et souhaite que la médiation préalable devienne obligatoire pour les actions tendant à modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale, précédemment fixée par une décision de justice, estimant que les parties devraient parvenir à un dialogue leur permettant de s'accorder, seules, sur les modalités d'exercice de leur autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant concerné, avec, si le besoin s'en fait ressentir, l'assistance du médiateur[301].

Selon certains, quelques tribunaux de grande instance démontrent un engouement favorable à l'utilisation de la médiation. Monsieur Jean Claude Magendie, Premier président de la Cour d'appel de Paris, a mis en place le 20 mai 2008 un groupe de travail sur la médiation[302], en annonçant une série de mesures pour développer ce processus, dont la création d'une Chambre pilote, la permanence de médiateurs pendant la tenue des audiences ou bien encore l'élaboration de protocoles d'accord avec les acteurs judiciaires locaux. De plus, le Premier président de la Cour d'appel de Caen, a présidé le 18 juin 2008, une formation continue portant sur la médiation familiale, en présentant tous les moyens nécessaires aux magistrats et avocats pour son bon exercice.

L'ensemble de ces réactions en faveur du développement de la médiation, a amené notre gouvernement à réagir. Ainsi, plusieurs projets de loi ont été déposés en lien direct avec la médiation familiale, comme le projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à

[301] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p.

[302] « *Comment développer la médiation* », Revue Juridique Personnes et famille, Juin 2008, n°6, p.7 ; « *Colloque sur la médiation civile* », Gaz. Pal du vendredi 16, samedi 17 janvier 2009, p.38 ; « *Trois questions à Jean Claude Magendie : la médiation* » D 2009, n°38, p.2600

l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, qui dans son chapitre VI sur l'aménagement des règles régissant la procédure en matière familiale prévoit dans son article 15 qu' « *à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf si les parents sollicitent conjointement l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil, et si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime.* » Par ce texte, la mise en place d'une tentative de médiation familiale deviendrait obligatoire avant toute saisine du juge aux affaires familiales. La volonté du législateur concernant le développement de la médiation en matière familiale est ici très claire.

c. le décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale

Ce texte tente de favoriser l'utilisation de la médiation familiale, et de la rendre obligatoire dans certains domaines du droit de la famille. Mais les modifications qu'il propose sont encore hésitantes (i), et il dévoile quelques faiblesses (ii).

i.Des modifications hésitantes :

La procédure dite de « double convocation[303] » proposée par la Commission Guinchard, confortée par le groupe de travail Magendie, désirant mettre en place une unité de médiation dans chaque juridiction dont la mission consiste à suivre les médiations en cours.

En effet, suite à l'examen de la Commission Guinchard et du rapport de Jean Léonetti, la Chancellerie a conclu que la médiation familiale facilite la reprise du dialogue parental, et est

[303] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p.167

une solution satisfaisante à la résolution du conflit familial qui permet de répondre aux besoins des familles et de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant[304].

Le décret n°2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale apporte sa pierre à la construction du « pôle de la famille » envisagé par la Commission Guinchard. Ce texte apporte deux nouveautés : l'une concerne l'institution d'un nouveau juge chargé de la coordination de l'activité judiciaire en matière familiale à compter du 1er février 2011, et l'autre est particulière à la médiation familiale[305].

Ce juge coordinateur de l'activité judiciaire est désigné devant le tribunal de grande instance par le président de la juridiction[306] et devant la cour d'appel par le premier président[307]. Cette nouvelle disposition met en place un rapport annuel établi par le juges près du tribunal de grande instance en matière de famille et de personne au sein de leur juridiction, rapport transmis à leur président, lesquels sont chargés de les transmettre a leur tour au premier président de la cour d'appel ainsi, et au procureur général près la cour. Un rapport annuel doit également être rédigé par le conseiller coordinateur et doit le transmettre au premier président.

Le premier président de la Cour d'appel doit, à son tour, le transmettre, accompagné de ses observations au garde des Sceaux, au procureur général près la cour et aux présidents des tribunaux de grande instance de son ressort. Ces rapports peuvent aussi être communiqués à toute personne si la communication est jugée utile.

La rédaction de ces rapports par les magistrats permet la création d'une base de données considérable qui pourra être collectée, pour répondre aux difficultés survenant à la mise en place des nouvelles dispositions procédurales du « pôle famille-personne »

A titre expérimental, ce texte permet au juge d'enjoindre aux parties, dans l'hypothèse d'un désaccord sur l'exercice de l'autorité parentale, de rencontrer un médiateur familial avant l'audience, par voie d'une double convocation qui fixerait le jour et l'heure de la rencontre avec le nom du médiateur, et la date de l'audience à laquelle les parties seront entendues. Lors de cette audience, le juge aura la possibilité d'homologuer l'accord qui sera éventuellement intervenu, soit, à défaut d'accord, trancher le litige. Cette double convocation du décret

[304] Rép. Min. n° 64362 : JOAN Q, 2 février 2010, p. 1175 ; Procédures n°3, Mars 2010, alerte 14 ; Dr. famille. n°3, Mars 2010, alerte 18
[305] M. DOUCHY-OUDOT, « *Activité judiciaire en matière familiale* », Procédures n°1, Janvier 2011, comm. 16
[306] Article R. 312-13-2 COJ
[307] Ibid

permet d'enjoindre les parties de rencontrer le médiateur bien avant le stade de la décision rendue sur la requête de l'une des parties, c'est-à-dire au stade de la conciliation. Les parties sont amenées à avoir trouvé un accord au moment où elles se présentent devant le juge qui pourra homologuer l'accord au lieu de trancher leur litige

Enfin ce décret du 12 novembre 2010 renforce le rôle de l'avocat en matière familiale en confortant leur présence dans les organismes de médiation.

L'ensemble de ces dispositions est applicable à titre expérimental, jusqu'au 31 décembre 2013, dans les tribunaux de grande instance désignés par un arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice. Un bilan sera établi suite à cette expérience[308].

ii. Les faiblesses de ce texte

L'objectif de ce décret du 12 novembre 2010 est de développer la médiation familiale. Cependant, il est dommage de constater que les magistrats se trouvent à nouveau surchargés de travail, notamment par la rédaction de ces rapports annuels qui serviront, semble t-il, à collecter des informations suffisantes sur l'application de ce processus, afin de remédier à ses disfonctionnements. Ces une tâche administrative de plus que vient s'ajouter aux nombreuses autres qu'ils détiennent, sans que leurs moyens soient augmentés.

En outre, des interrogations concernent l'intérêt des modifications apportées par ce texte[309]. En effet, la double convocation s'exerçait déjà sans qu'aucun texte ne la prévoit, en se fondant uniquement sur les articles 21 et 127 du Code de procédure civile. Le premier concerne la mission conciliatrice du juge, placé au rang des principes directeurs de tout procès civil, et le second lui offre la possibilité de rechercher la conciliation des parties, conjointement à l'initiative qu'elles peuvent elles-mêmes prendre. Ces règles ne paraissent devoir être écartées que lorsqu'elles se heurtent à des règles de procédures spécifiques régissant l'un des autres modes. Sa position dans le code de procédure civile qui domine celle

[308] T. WICKERS « *Allocution de bienvenue* », Etats généraux du droit de la famille, Gaz. Pal n°84 et 85, Vendredi 25 et samedi 26 mars 2011, p.5

[309] E. MULON, « *Etat des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale* », Gaz. Pal, Vendredi 4 et samedi 5 février 2011, p.8

de la procédure de médiation, encourage cette explication, comme le démontre l'analyse des articles.

De plus, il est dommage que ce décret vise seulement la mesure d'injonction prévue à l'article 373-2-10 du Code civil. En effet, les dispositions concernant la médiation familiale, tout comme l'injonction qui peut être ordonnée par le juge aux affaires familiales en la matière, sont reprises textuellement par l'article 255 1° et 2° du même code concernant les mesures provisoires. L'entrevue avec un médiateur bien avant la tentative de conciliation ne remanie pas les pouvoirs du juge aux affaires familiales dans ce domaine, ce dernier pouvant déjà dès l'ordonnance de non conciliation, homologuer les accords proposés par les époux.

Le décret du 12 novembre 2010 n'apporte rien de neuf du point de vue de la procédure et risque probablement de réduire le temps de travail des magistrats pour rendre leurs décisions, par la rédaction de ces rapports annuels. Il est un texte parmi beaucoup d'autres pour encourager l'exercice de la médiation familiale, qui a de fortes chances de rester sans effets aux yeux de la pratique, les professions du droit n'étant pas séduites par ce processus.

Dans la continuité de la transposition de la directive européenne du 21 mai 2008, une ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 vient régir les médiations intervenant en cas de litiges en matière civile et commerciale et contribuer au développement des modes alternatifs de règlement des litiges[310]. Afin d'assurer l'efficacité des dispositifs de médiation, ce texte instaure un certain nombre de règles communes parmi lesquelles, l'exigence d'impartialité et de compétence du médiateur, la confidentialité de la médiation, la possibilité pour les juridictions de rendre exécutoires les accords issus des médiations. La médiation familiale, quant à elle, n'est pas exclut, mais se trouve noyée dans la médiation civile et commerciale. Cette ordonnance offre un nouvel instrument destiné à promouvoir les modes alternatifs de résolutions des litiges, dans la cohésion de l'objectif du législateur.

La médiation familiale est une autre technique procédurale adaptées aux conflits familiaux qui permet de désengorger les juges et par la même de résoudre partiellement les litiges. Elle s'adapte qualitativement et offre aux parties un lieu et la possibilité de parler d'autre chose que du droit, pour qu'une solution puisse émerger. Ce processus n'est pas qu'à la mode, et ce

[310] JORF n°0266 du 17 novembre 2011

n'est pas un hasard si la médiation civile fonctionne un minimum. En effet, elle réussit un compromis en introduisant dans le traitement des non juristes, comme des assistantes sociales ou des psychologues, sans pour autant chasser le juge. La conservation du juge est là, car il n'est pas dessaisi et peut toujours reprendre son rôle en cas de difficultés. Cependant, on assiste à un mouvement de contractualisation du droit de la famille qui fait polémique et ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. C'est le cas du Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez qui considère que ce mouvement répond « à un double objectif : d'une part organiser de manière plus structurées des relations qui se seraient développées en marge de la loi et d'une certaine manière les "récupérer" dans l'orbe juridique et d'autre part, faire pénétrer dans l'intérieur des familles et des comportements privés un certain nombre de prescriptions sociales qui ne peuvent être imposées de l'extérieur par un texte normatif[311]. » On en pense ce qu'on en veut, mais l'analyse n'est pas fausse En effet, la médiation familiale permet d'intégrer le psychologique dans le procès, ce que ne peut faire le juge. Un autre parallèle peut être fait avec le PACS, qui est une récupération des relations entre les deux partenaires unit dans un contrat par le système juridique, pour lequel le juge ne possède pas le temps nécessaire pour pouvoir le traiter.

Toutefois, on peut faire un pas de plus en se passant du juge par la déjudiciarisation.

§ 2 La déjudiciarisation

La volonté du législateur d'alléger le juge aux affaires familiales dans les attributions qui lui sont confiées n'est pas nouvelle. En effet, la déjudiciarisation du droit de la famille a débuté en 2006, en confiant le changement de régime matrimonial au notaire (A). L'idée d'un divorce sans juge est toujours d'actualité, et fait l'objet d'un projet de loi en attente d'être examiné par le Parlement (B). Certaines actions exercées devant ce magistrat sont aussi concernées par cette déjudiciarisation, depuis le dépôt du rapport de la Commission Guinchard (C).

[311] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *La contractualisation de la famille entre leurre et instrumentalisation* », in Approches critiques de la contractualisation, L.G.D.J, 2007, p.167

A Une déjudiciarisation du droit de la famille amorcée en droit patrimonial de la famille

Depuis la loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et de libéralités, le changement de régime matrimonial se déroule devant le notaire[312].

Cette libéralisation du changement de régime matrimonial reste toutefois mesurée. En effet, l'homologation judiciaire du changement de régime permettait de préserver l'intérêt de la famille, en protégeant les intérêts du couple mais également ceux de leurs enfants. Ce contrôle du tribunal permettait de découvrir des indices prouvant l'intention frauduleuse des époux et de protéger, par la même, les droits des créanciers, tout en évitant que la convention fasse l'objet de contestation ultérieure. En outre, il était nécessaire dans certains cas que les enfants et les créanciers du couple demandeur puissent intervenir volontairement dans la procédure d'homologation et fassent connaitre leurs réserves sur cette convention modificative.

La réforme de 2006 encadre la suppression de cette homologation judiciaire sous certaines conditions. Le changement de régime matrimonial ne peut s'effectuer qu'après deux années d'application du régime et doit être conforme à l'intérêt de la famille. De plus, le législateur garde certaines exigences de forme que doit contenir l'acte de changement et des exigences de publicité qui doivent être réalisées. Ainsi, l'acte de changement de régime matrimonial doit toujours être effectué devant un notaire, et doit comprendre, à peine de nullité, la liquidation du régime matrimonial modifié. Cette modification obligatoire permet aux époux de prendre conscience des répercussions engendrées par ce changement, et d'éliminer toute incertitude concernant les conséquences patrimoniales. En outre, les personnes, parties, au contrat modifié ainsi que les enfants majeurs de chaque époux doivent être informés personnellement de cette modification éventuelle, tout comme les créanciers, qui le seront par la publication d'un avis dans un journal habilité à cet effet. Cette information doit être délivrée par le notaire lui-même. En l'absence de toute opposition de l'ensemble des personnes précitées dans un délai incompressible de trois mois à compter de l'accomplissement des formalités évoquées, le notaire peut faire enregistrer et publier l'acte liquidatif au bureau des hypothèques.

[312] Article 1397 C. civ

C'est à la date de l'acte que le changement de régime matrimonial prend effet à l'égard des parties, et dans un délai de trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage, à l'égard des tiers, à la requête du notaire sur production d'une expédition de l'acte notarié et d'un certificat de non-opposition délivré par ce dernier[313].

Cependant, dans certains cas, l'homologation judiciaire reste maintenue. Elle reste obligatoire en présence d'enfants mineurs du couple procédant au changement[314], et peut être provoquée par les tiers intéressés[315].

Le but de cette réforme était d'octroyer aux époux, tout au long de leur mariage, une libre faculté de pouvoir modifier leur régime matrimonial, nouveau régime comparable à celui dont ils disposaient lors de leur union. Dès lors, la mission du juge se limite aux modifications litigieuses qui peuvent apparaitre lorsque l'opposition d'un tiers demande son contrôle. De plus, son action doit toujours être guidée par la sauvegarde de l'intérêt des enfants mineurs, son intervention étant obligatoire en leur présence. Quant à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, elle est toujours d'actualité, la suppression de l'homologation judiciaire n'ayant pas provoqué son entière disparition[316].

Avant cette réforme, la mission du notaire était de vérifier les conditions de forme et de fond du changement de régime matrimonial, de conseiller les parties. Le contrôle de l'opportunité de la modification de ce changement était attribué aux tribunaux lors de la procédure d'homologation. Actuellement, la phase judiciaire étant écartée, la volonté des époux concernant l'opportunité de leur changement de régime matrimonial prime Il est clair que les notaires n'ont pas pour fonction de remplacer le juge pour effectuer une appréciation d'ensemble de l'intérêt de la famille, et pour exercer un contrôle de l'opportunité du changement, stricto sensu. Il reste que le notaire se trouve doté d'une mission d'information et de conseil renforcée, puisqu'il doit guider au mieux les époux quant au bien-fondé de leur démarche et au contenu le plus favorable à rédiger dans leur accord. De plus, il doit évaluer les risques du changement de régime considéré et les exposer aux parties. De surcroit, il doit les prévenir des éventuelles possibilités de contestations postérieures, les informer des

[313] Article 1300-2 CPC
[314] Article 1397 alinéa 5 C. civ
[315] Article 1300-1 CPC
[316] En effet, le législateur a maintenu la tournure négative de l'article 1396 alinéa 3 C. civ, permettant de justifier de la non disparition de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

dangers pouvant survenir en la matière, sans oublier de les conseiller sur les actions que peuvent exercer leurs enfants et leurs créanciers.

Cet officier ministériel peut également intervenir dans le cadre de la rédaction d'une convention comprenant des clauses destinées à avantager le conjoint survivant : dans ce cas, il est de sa mission de contrôler l'état des relations entre les époux ainsi que leurs présomptifs héritiers réservataires et de vérifier les conséquences des stipulations approuvées. Il doit aussi s'assurer que les autres opérations effectuées par le couple ne portent pas préjudice à la réserve des héritiers et plus spécifiquement des enfants d'un seul des conjoints. Suite à la suppression de l'homologation judiciaire, cet examen est essentiel afin d'éviter l'apparition de contentieux. De même, ce notaire doit être très rigoureux dans la vérification de l'absence d'intention frauduleuse à l'encontre des créanciers des époux.

L'exposé de ces modifications procédurales en matière de changement de régime matrimonial démontre la détermination du législateur de vouloir consacrer une place beaucoup plus importante aux accords de volonté des parties dans le domaine du droit de la famille, tout en permettant au juge de pouvoir veiller à la conformité de ceux-ci.

B. Un divorce sans juge ? Les tentatives de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel

L'idée d'un divorce sans juge avait déjà été évoquée par la commission présidée par Irène Théry, lorsque les époux désirant divorcer, n'avaient aucun conflit entre eux, ni sur le principe du divorce, ni sur ses effets, sans oublier leur volonté de ne pas vouloir faire homologuer leur divorce par un juge, leur situation n'en présentant aucune nécessité.

Une première tentative de déjudiciariser le divorce par consentement mutuel en le confiant au notaire n'a pas abouti (1), idée reprise par la Commission Guinchard, accompagnée d'autres propositions (2).

1.L'échec de la première tentative de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel

La proposition d'un divorce passé devant notaire, lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel, avait été avancée. En droit positif, l'intervention de cet officier ministériel est obligatoire dans le cadre du divorce par consentement mutuel, lorsque les époux possèdent des biens immobiliers. Dans les autres cas, notre droit actuel donne au notaire une présence facultative, puisqu'il peut être désigné par le juge aux affaires familiales au titre des mesures provisoires pour dresser, en tant que professionnel qualifié, un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux[317]. De plus, il peut intervenir dans l'élaboration des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce que les époux soumettent à l'homologation du juge aux affaires familiales[318], ou encore, lors de la liquidation du régime matrimonial[319]. Outre la volonté de lui confier le divorce par consentement mutuel, en dehors de sa mission de conseil dans l'élaboration des conventions, le notaire, assisté des avocats des époux, pouvait être conduit à constater l'accord de ces derniers sur le principe de la rupture et de ses conséquences. L'acte pouvait dans ce cas, être transmis au juge qui prononçait le divorce sans comparution des parties. Plus radicalement encore, il avait été envisagé qu'une fois constaté l'accord des époux sur le principe et les conséquences de la rupture, l'acte établi par le notaire devait faire l'objet d'une transmission directe à l'officier d'état civil, qui en application du parallélisme des formes avec la célébration du mariage, prononçait lui-même le divorce. Une telle déjudiciarisation du divorce s'accordait parfaitement avec le mouvement actuel de contractualisation du droit de la famille, conduisant à reconnaitre au mariage et au divorce un aspect exclusivement contractuel.

Pour justifier cette déjudiciarisation, des arguments de simplicité, d'économie et d'efficacité avaient été soutenus. La procédure devenait plus souple, plus rapide, et permettait l'intervention d'un professionnel libéral du droit en tant que « conseil des familles[320] » comme le qualifiait le Professeur Fulchiron, apte à pacifier les rapports entre époux en instance de divorce. Du point de vue économique, cette réforme permettait aussi bien aux

[317] Article 255 9° C. civ
[318] Article 268 C. civ
[319] Article 267 C. civ
[320] H. FULCHIRON, « *Vers un divorce sans juge. A propos des projets de divorce « notarial »* », D .2008, chr, p.365

parties qu'à la collectivité, de ne plus financer le poids de l'aide juridictionnelle pour ce type de contentieux.

Ainsi, pour les couples ne possédant pas de dette ni d'enfants mineurs, la commission estimait qu'il était inutile de déranger le juge aux affaires familiales, l'intervention de cet officier ministériel étant suffisante pour liquider le régime matrimonial de ces derniers.

Cependant, l'idée d'une disparition du juge a semblé encore prématurée en raison des impératifs de protection des époux et des créanciers lors de la procédure de divorce. Il est certain, que la présence du juge durant tout son déroulement est un facteur de respect du droit, malgré un contrôle plus formel que réel, sans oublier que ce n'est pas sa seule mission, puisqu'il est également chargé de la protection de la famille, et de l'intérêt de l'enfant. En outre, il assure tout autant la protection des tiers, son intervention obligeant les époux à respecter les droits de leurs créanciers, même si ceux-ci disposent de l'action paulienne en cas de fraude à leurs droits, dans le but de contester un partage effectué lors d'une procédure de divorce.

Suite à de nombreuses réactions de la part des professionnels du droit et notamment des avocats, cette déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel devant le notaire n'a pas vu le jour. En revanche, la commission, présidée par le Recteur Guinchard apporte d'autres éventualités.

2.Les multiples propositions de la Commission Guinchard concernant le divorce par consentement mutuel

Lors des travaux de la Commission, plusieurs idées avaient été émises : le divorce par consentement mutuel confié soit à l'officier d'état civil (a), soit au notaire (b), soit à un organe juridictionnel spécialement chargé de cette mission (c). Actuellement, un projet de loi en date du 3 mars 2010 relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles et à la simplification de la procédure de divorce par consentement mutuel est toujours en attente d'être examiné par le Parlement (d).

a.Un divorce confié à l'officier d'état civil

Actuellement, les officiers d'état civil étant chargés de célébrer le mariage et d'en dresser acte, il a été suggéré durant les travaux de la commission que leur soit également confié la constatation de sa dissolution, lorsqu'elle est issue d'un divorce par consentement mutuel et qu'il y a absence d'enfants mineurs[321]. Selon M. Christian Mellottée, le démariage aurait pu faire l'objet d'une déclaration commune du divorce devant l'officier d'état civil, accompagnée d'une convention commune des époux. La conférence des premiers présidents avait eu la même idée sous la condition que les époux puissent remettre en question leurs engagements devant le juge selon le droit commun des nullités contractuelles. M. Jacques Degrandi, président du tribunal de grande instance de Paris, avait également soulevé devant la commission, que les divorces par consentement mutuel ou après rupture de la vie commune, tout comme la résiliation des pactes civils de solidarité pouvaient être actés par les services municipaux de l'état civil, accompagnés du sceaux préalable d'un ou deux avocats et d'un projet de répartition des bien scellé par le notaire en cas de patrimoine communautaire ou indivis. A son tour, la Chambre nationale des avoués allait dans le même sens, mais avec assistance obligatoire de l'avocat et maintien du rôle classique du notaire pour les couples possédant un patrimoine. Première concernée par cette proposition, l'Association des maires de France s'est exprimée, en expliquant qu'elle ne s'opposait pas à l'idée, à condition que le consentement soit formulé devant deux avocats et deux notaires, et que l'enregistrement par l'état civil vaille prononcé du divorce.

Le premier argument en faveur de cette idée était le parallélisme des formes. Le deuxième argument avancé à l'appui de cette proposition était le droit comparé, dont le droit danois qui fait coexister deux procédures de divorce dont une judiciaire[322] et une autre administrative, la dernière étant applicable lorsque les époux optent pour un divorce par consentement mutuel et sont d'accord pour recourir à cette procédure administrative. La Norvège connait aussi le même schéma avec une procédure judiciaire et une procédure administrative de divorce. La seconde est la voie normale, possible à la demande de l'un ou des époux. Le divorce est déclaré par le gouverneur du comté assisté d'agents administratifs. En cas d'abus, de bigamie,

[321] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p.91-94

[322] I. LUNDANDERSEN, European Family Law in Action, Vol 1: Grounds for divorce, Intersentia éd., Anvers et Oxford, 2003, p.117

de mariage entre parents proches, de divorce après séparation de deux ans contestée par un époux, le tribunal prononce le divorce[323].

Après examen de la commission, cette idée n'a pas été retenue. La question du transfert du divorce par consentement mutuel à l'officiel d'état civil n'est pas nouvelle, puisque la loi du 20 septembre 1792 autorisait le divorce sans intervention judiciaire, prononcé par l'officier d'état civil qui ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation. Plusieurs critiques ont été émises à son encontre. Pour le Professeur Benabent, entendu par la commission, la réalité du consentement des époux et le contrôle de leur convention de séparation, ne pourraient pas être assurés par l'officier d'état civil. La fonction de ce dernier est d'établir des actes authentiques relatifs à l'état des personnes sous l'autorité du procureur de la République. Ainsi, il porte en marge des actes de l'état civil des mentions prouvant des engagements contractuels comme les pactes civils de solidarité et les contrats de mariage. Son office consiste uniquement à mettre à jour les actes authentiques dont il est dépositaire, l'examen de la conformité des contrats étant contrôlé par des juristes spécialisés. En aucun cas, il ne doit apprécier la validité d'un contrat dont le but est de clarifier les conséquences de la dissolution d'un mariage comportant d'importants aspects patrimoniaux. Même s'il se voyait reconnaitre le pouvoir de constater la rupture du lien matrimonial, il ne saurait assurer l'équilibre de la convention de divorce sur le plan patrimonial et sur la liquidation du régime matrimonial. Pourtant, ces deux étapes ne peuvent être dissociées, la sauvegarde des intérêts de chaque partie déterminant le prononcé de la dissolution du mariage. De plus, ce transfert de compétences nécessiterait une formation juridique spécialement destinée aux officiers d'état civil en titre, mais aussi aux nombreux fonctionnaires ou employés des services de l'état civil. Un travail considérable devrait être effectué en amont et en aval de son intervention, identique à celui mis en place en Norvège, où les divorces sont prononcés par le gouverneur du comté assisté d'agents administratifs, le recueil de l'accord des époux sur les effets accessoires du divorce n'étant pas nécessaire, ces difficultés pouvant être disjointes et portées ultérieurement devant les tribunaux. L'intervention de l'officier d'état civil semble moins adéquate que celle du tribunal, l'impartialité et l'expérience du juge assurant les garanties nécessaires, sans oublier qu'un divorce en mairie n'offrirait pas la même discrétion que le tribunal.

La question du marché du divorce entre également en ligne de compte, puisque ce contentieux, concerne une partie de l'activité de certains cabinets d'avocats.

[323] T. SVERDRUP ; In European Family Law in Action, Vol 1 : Grounds for Divorce ; p.126

b.Un divorce confié au notaire :

L'autre piste de réflexion examinée lors des travaux de la commission Guinchard était le divorce devant un notaire sans pouvoir juridictionnel[324]. En décembre 2007, le Conseil de modernisation des politiques publiques avançait l'idée d'un divorce devant notaire pouvant accomplir en matière de divorce sa mission traditionnelle de réception des actes et des contrats pour lesquels l'authenticité est exigée par la loi ou souhaitée par les parties. Il aurait été chargé de constater le divorce sans intervention du juge. La conférence des premiers présidents se ralliait à cette proposition mais à la condition que les époux puissent remettre en cause leurs engagements devant le juge comme le prévoit le droit commun des nullités contractuelles. Il en va de même pour la Conférence des présidents de tribunal de grande instance, malgré quelques membres partagés sur ce point. Pour elle, cette hypothèse devait être écartée dans deux cas, lorsqu'il y avait existence d'enfants, et lorsqu'un contentieux sur les conséquences patrimoniales du divorce s'est révélé, l'intervention judiciaire devant ici perdurer. En cas d'absence d'enfant, l'intervention du notaire n'aurait eu lieu qu'au cas où il n'existait aucun contentieux apparent ni sur le principe de la séparation, ni sur ses conséquences patrimoniales, mais à la double condition que chaque partie soit assistée de son avocat et qu'une voie de recours soit ouverte en cas de lésion de plus des sept douzième. Maitre Jean-Marie Ohnet, représentant du Conseil supérieur du notariat avait également formulé une proposition dans le but de répondre à un éventuel grief de partialité. Elle consistait à ce que la saisine du notaire s'effectue par requête adressée au juge qui aurait désigné un notaire chargé du dossier. Cette désignation aurait été faite d'après une liste préalablement établie de notaires spécialisés. Cet officier ministériel ne possédant pas les fonctions de juge, il aurait exercé sa fonction de rédacteur d'actes, comme il le fait pour tout contrat. Les parties se seraient présentées devant lui avec leurs conseils qui lui auraient prêté main forte dans la rédaction de la convention. Le notaire se serait alors assuré de la réalité des consentements et de la protection des intérêts des époux. En cas de contestation, un recours aurait été ouvert devant le juge, et l'enregistrement de l'acte à l'état civil aurait valu prononcé du divorce, le notaire ayant pour mission de constater le consentement des époux au divorce.

[324] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p. 94-95

La commission a également écarté cette proposition. Lors de leur audition devant la commission, les avocats n'ont pas hésité à souligner qu'une telle mesure les priverait d'une partie substantielle de leurs activités et honoraires habituels, qui entraineraient la disparition de certains cabinets, ceux-ci ne pouvant plus subvenir à leurs besoins[325]. Il a aussi été remarqué que le modèle donnant compétence au notaire pour constater le divorce des époux est très rare, seuls Cuba et la Colombie le connaissant à l'heure actuelle. En 2005, l'Allemagne avait songé à cette éventualité, qui a donné lieu à de nombreux débats et critiques des magistrats et des avocats. Pour l'instant, les législations nationales sont défavorables à un transfert de compétences à cet officier ministériel, l'attachement à la procédure judiciaire de divorce étant encore prépondérant. L'essentiel de cette procédure est de s'assurer du consentement réel des époux et de garantir les intérêts de chacun d'eux lors du règlement. De plus, le notaire n'est qu'un rédacteur d'actes et seul l'enregistrement de l'acte au registre de l'état civil vaudrait prononcé du divorce. La commission a estimé que confier au notaire compétence exclusive en matière de divorce par consentement mutuel était injustifiée et inadaptée au contentieux familial. Il est clair que l'aspect humain et psychologique de la séparation serait occulté. Même s'il est apte à vérifier le consentement des parties, le notaire ne dispose pas des moyens nécessaires, comme des pouvoirs d'enquête, dont est doté le juge. Actuellement, le juge aux affaires familiales intervient afin d'homologuer la convention rédigée par les avocats et les parties, accompagnée de l'état liquidatif du régime matrimonial établi par le notaire. Dans le cadre des divorces par consentement mutuels dans lesquels des enfants mineurs sont présents, la présence du notaire est inappropriée. Il a été souligné que les droits de l'enfant se trouveraient affaiblis, son audition garantissant ses droits ne pouvant avoir lieu que devant le juge. Cette audition de l'enfant est de droit dans toutes les procédures le concernant, comme le prévoit la Convention internationale des droits de l'enfant et l'article 388-1 du Code civil. D'autres remarques ont été soulevées par le représentant du Conseil supérieur du notariat. Ainsi, si le notaire était nommé par le juge, sur requête formée devant lui, il est difficile d'imaginer l'intérêt que l'Etat pourrait retirer d'une telle réforme qui ne ferait pas l'économie d'une intervention judiciaire, si mince soit elle.

[325] F. DERRIDA, « *La désacralisation du mariage. Le mariage évolue t-il vers la vente à réméré ?* », LPA, 16 avril 2008 n°77, p.4

Enfin, on ne peut omettre les enjeux de marché et de coût, car les frais notariés restent conséquents. Ne risque t-on pas de réserver ce divorce par consentement mutuel aux justiciables plus aisés, et d'enfreindre le principe d'égalité du justiciable devant la loi[326] ?

c.Un divorce par consentement mutuel confié à des organes dotés d'un pouvoir juridictionnel

Une dernière idée a été présentée lors des travaux de la Commission Guinchard, celle de confier le divorce à des organes dotés d'un pouvoir juridictionnel. Deux pistes ont été examinées, d'une part, celle du transfert à un notaire qui, cette fois-ci, deviendrait un véritable juge du divorce (i), et d'autre part, celle du transfert à un greffier (ii).

i.Le notariat : organe doté de pouvoir juridictionnel

Un notaire, juge du divorce : l'idée était de lui confier le divorce, en devenant un véritable juge[327]. Il est possible d'imaginer que le notaire, ou tout autre organe, puisse prononcer le divorce par consentement mutuel, en exerçant la fonction juridictionnelle à la place du juge. Cette idée a été critiquée

La Révision générale des politiques publiques a amené la commission à se pencher sur l'hypothèse d'une déjudiciarisation du divorce au profit d'un notaire qui ne se contenterait plus de constater le divorce, mais qui serait doté de pouvoirs juridictionnels, lui permettant de le prononcer. Afin de rester en conformité avec l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il a été souligné que pour que le notaire exerce une fonction juridictionnelle, celui-ci devait répondre aux mêmes exigences que le juge, celles d'être un tiers indépendant et impartial par rapport aux époux. N'étant pas un magistrat professionnel, l'organe qui aurait été chargé de statuer sur le divorce ne pouvait exercer cette fonction juridictionnelle qu'à la condition de satisfaire aux exigences d'impartialité et d'indépendance, comme tout magistrat professionnel. Du moment que le

[326] Article 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789

[327] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p.96

notaire devenait un organe juridictionnel, le statut de juge devait lui être obligatoirement conféré. Il faut rappeler que la procédure de divorce par consentement mutuel fait partie de la matière gracieuse, définie à l'article 25 du Code de procédure civile, le notaire devrait remplir les conditions d'indépendance et d'impartialité, que le Conseil constitutionnel exige de tout magistrat, même en matière gracieuse[328]. Si le notaire évoluait en juge chargé de constater l'accord des époux et la réalité de leur consentement, il ne saurait établir la convention des parties sur les conséquences du divorce. Actuellement la convention de divorce est dressée par le ou les avocats des parties, avec l'intervention d'un notaire le cas échéant, le juge n'apparaissant qu'une fois que cet acte est établi, afin de l'homologuer. Il paraissait difficile d'envisager que le notaire, organe chargé de la fonction juridictionnelle dans le cadre des divorces par consentement mutuel, puisse en même temps rédiger la convention, car il aurait été juge et partie. De surcroit, un autre problème se serait posé, celui de savoir si le notaire pouvait réellement être juge sans avoir été nommé comme tel. Dans ce cas, une réforme du statut des notaires aurait été indispensable. Une autre alternative aurait pu être envisagée en dotant le notaire d'un statut identique à celui d'un juge de proximité. Sur ce point, le Conseil constitutionnel a relevé que si le cumul d'activités professionnelles avec le statut de juge de proximité « n'est pas contraire aux exigences d'indépendance et d'impartialité du juge qui découlent de l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen », ce juge ne peut cependant exercer ses fonctions juridictionnelles dans le ressort du tribunal de grande instance dans lequel il exerce son activité professionnelle. De plus, des règles statutaires de valeur organique devraient s'opposer à ce qu'un juge de proximité puisse connaitre d'un litige ayant un lien avec son activité professionnelle.

Cette idée d'un notaire-juge n'a point été revendiquée par la profession concernée, lors des débats. Un problème financier s'est dégagé. En effet, le juge est payé par l'Etat et donc le contribuable, contrairement au notaire qui, lui, est payé par les parties. Les différences de statut révèlent un problème de fond, qui est totalement différent pour les greffiers, ces derniers étant des fonctionnaires payés par l'Etat.

La mise en place aurait été complexe. Le notaire prononçant le divorce et exerçant à ce titre une fonction juridictionnelle deviendrait un juge devant lequel se déroulerait une procédure de divorce par consentement mutuel, et serait, en tant que juge, exclu de la préparation de la convention de divorce. Cette réforme n'apporterait aucune amélioration à la législation

[328] Déc n°2003-466 DC, 20 février 2003

existante, sans oublier que la rémunération du notaire serait à revoir, puisqu'il devrait assurer une fonction de service de greffe. Cette solution a été rejetée par la commission.

ii.Les greffiers : autre organe doté de pouvoir juridictionnel

Le Syndicat des greffiers de France avait proposé que le consentement au divorce soit recueilli par les greffiers en chef, sur convention préparée par le ou les conseils des parties[329]. En cas de difficulté, le greffier avait la possibilité de saisir le juge. Cette proposition montre la volonté de la profession d'exercer certaines missions de nature juridictionnelle. Un membre de la commission était également allé jusqu'à suggérer, en cas d'absence d'enfants mineurs ou à charge, de donner l'homologation de la convention de divorce au greffier en chef. De même, lors de l'audition du Syndicat de la magistrature devant la commission, et dans une communication transmise à cette dernière, celui-ci avançait la création d'un nouveau divorce se déroulant à titre principal devant le greffier « juridictionnel ». Cette proposition insistait sur la nécessité d'offrir aux époux la faculté de pouvoir divorcer plus facilement, sans passage obligatoire devant le juge. Mais elle n'offrait pas les mêmes garanties d'équilibre personnel et patrimonial des conventions que l'intervention du juge.

Quant à la question de la plus-value vis-à-vis du justiciable, cette proposition n'avait aucun intérêt pour ce dernier, puisque dans tous les cas, un fonctionnaire de la République connait du divorce, et que le juge en connaitra obligatoirement en cas de difficultés.

Après l'examen des multiples idées soumises à la Commission Guinchard, le rapport consacre une part importante de ses réflexions et propositions au contentieux familial. Les soixante cinq propositions ne retiennent pas une déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel. La commission a tenu au maintien du juge dans le cadre des divorces par consentement mutuel, en présence d'enfants mineurs. Le passage devant le juge, même dans la mise en place d'une procédure plus allégée et simplifiée, demeure une garantie dans la protection des intérêts de l'enfant, sans oublier, qu'il reste une autorité neutre entre les parties.

[329] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p. 96

En revanche, la proposition n°25 relative « Au maintien de la procédure par consentement mutuel devant un juge, mais selon une procédure allégée et au coût régulé ou tarifé » mentionne plusieurs idées, dont « une audience sur demande spécifique des parties ou du juge » : celle-ci deviendrait facultative lorsque l'accord entre les époux est manifeste et qu'ils n'ont pas d'enfants communs mineurs, sauf aux époux à en faire la demande. En dehors de ces conditions, notamment en présence de mineurs, l'audience serait maintenue. Si des enfants mineurs sont issus du mariage, il est conseillé que l'audience ait lieu, pour permettre au magistrat de recueillir leurs observations orales sur la partie de la convention afférant aux intérêts mineurs. En tout état de cause, la suppression de l'audience ne pourra être envisagée qu'à la condition d'avoir la preuve que ces enfants ont été avertis de leur droit d'être entendus par le juge

On rejette le divorce sans juge, mais on s'apprête à accepter un divorce sans comparution, en supprimant le contact direct du juge avec les parties. Il est possible de gagner du temps dans certains cas lorsque ces dernières s'entendent.

C'est un premier pas qui remet en jeu la déjudiciarisation, en continuant à se diriger vers la contractualisation de la famille[330]. Pourtant la création du juge aux affaires matrimoniales voulait personnaliser le conflit, en offrant aux parties un visage et une personne. Ici, on cherche à dépersonnaliser la procédure. Cependant, ce mouvement de contractualisation ne fait pas l'unanimité et créé une polémique au sein de la doctrine, certains auteurs le considérant comme un "avatar" du droit moderne[331].

[330] J. NORMAND, « *Droit judiciaire de la famille et contrat* », in La contractualisation de la famille, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, éD Economica, 2001, p. 211

[331] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *La contractualisation de la famille entre leurre et instrumentalisation* », in Approches critiques de la contractualisation, L.G.D.J, 2007, p.167

d.Le projet de loi du 3 mars 2010 relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles et la simplification de la procédure de divorce par consentement mutuel

Un projet de loi relatif à la répartition du contentieux et à l'allègement de certaines procédures judiciaires a été présenté en conseil des ministres le 3 mars 2010 et se trouve toujours en attente d'être discuté devant le Parlement. Ce texte est la suite du travail de modernisation entrepris par la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit et d'allègement des procédures, faisant suite au rapport Guinchard sur la répartition des contentieux[332]. Ce texte souhaite rationnaliser la procédure devant le juge aux affaires familiales, et envisage plusieurs modifications, dont la procédure de divorce par consentement mutuel.

La procédure serait allégée pour les couples n'ayant pas d'enfants. Ces derniers seraient alors dispensés de comparaitre personnellement et obligatoirement devant le juge aux affaires familiales. Un décret d'application devrait préciser les pièces nécessaires permettant au juge, dans le cas où les parties ne comparaissent pas, afin de s'assurer que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.

C. La déjudiciarisation de certaines actions exercées devant le juge aux affaires familiales.

La Commission Guinchard préconise d'alléger le juge aux affaires familiales de plusieurs actions exercées devant lui.

C'est le cas de l'homologation des accords sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, qui concerne une part non négligeable du contentieux familial, dans lequel les parents s'entendent sur l'ensemble des mesures relatives à l'enfant, et souhaitent les faire homologuer par le juge. L'absence de toute disposition reconnaissant la valeur juridique de tels accords et l'existence de dispositions affirmant que les parents ont la possibilité de

[332] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *En projet : quelques modifications de procédure concernant le divorce (projet de loi du 3 mars 2010 relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles)* », Dr. famille n°4, Avril 2010, comm. 58 ; Divorce : activité législative, Synthèse 2010, AJF Mars 2011, VIII

soumettre leurs accords à l'homologation du juge laisse supposer que les accords des parents ne produisent des effets qu'à la condition d'être homologués par le juge. En outre, le pouvoir octroyé au président du tribunal de grande instance pour donner force exécutoire aux transactions[333] ne peut être utilisé dans cette matière, dans laquelle les parties n'ont pas la libre disposition de leur droit[334]. Ce contexte conduit certaines autorités administratives à inciter les parents, voire à leur imposer, de solliciter du juge une décision organisant les conditions d'exercice de l'autorité parentale, le juge se satisfaisant d'homologuer l'accord établi par les parties. Se pose alors la question du pouvoir de donner force exécutoire aux actes. En effet, seul le juge ou le notaire sont aptes à la donner, contrairement au greffier qui ne fait que signer les titres exécutoires que rend le juge. Dans cette hypothèse, il faudrait alors créer une nouvelle force exécutoire, afin de combler le vide occasionné par la suppression du magistrat en la matière. Mais à qui peut-on confier cette lourde tâche ? L'idée des administrations a été avancée, mais la rémunération des administrateurs serait ici aussi importante.

Dans cette situation, la commission suggère de modifier la procédure dans le but de permettre à un parent d'obtenir du juge aux affaires familiales compétent qu'il homologue l'accord, en fonction des règles de la procédure gracieuse. L'utilisation de la procédure gracieuse donnerait force exécutoire à ces accords sans audience ni audition, à moins que le juge ne l'estime nécessaire ou que l'enfant ne requiert son audition, comme le prévoit le droit commun. Ainsi, la procédure contentieuse n'apparaitrait devant le juge aux affaires familiales que dans les cas dans lesquels il existe un litige entre les parents.

Il en va de même pour la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale. Elle est par principe, exercée en commun par les deux parents lorsque le second lien de filiation est établi un an au plus tard après la naissance de l'enfant[335]. Dans l'hypothèse où cette reconnaissance est établie un an après la naissance de l'enfant, les parents désirant exercer en commun l'autorité parentale doivent rédiger une déclaration conjointe, recueillie par le greffier en chef.

Dans le cas d'une adoption simple de l'enfant du conjoint, une déclaration conjointe doit également être établie pour que l'autorité parentale puisse être exercée en commun par

[333] Article 1441-4 CPC
[334] Article 2045 C. civ
[335] Article 372 C. civ

l'adoptant et son conjoint. En droit positif, la déclaration conjointe des parents est obtenue lors de la comparution personnelle des parents[336], qui semble inutile.

Afin de simplifier la procédure, la commission propose une déclaration conjointe sous forme de formulaire, signée par les parties et accompagnée des pièces justificatives qui serait adressée ou remise au greffe, à l'effet que le greffier en chef appose cette déclaration de son sceau.

On constate que même si le juge aux affaires familiales connait de plus en plus de compétences, l'orientant vers un juge des conflits familiaux, il n'est pas le seul magistrat à intervenir en la matière

SECTION 3 : La collaboration du juge aux affaires familiales avec d'autres juges dans le traitement des conflits familiaux

Jusqu'au décret n°2009-398 du 10 avril 2009, les modalités de communication entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles étaient organisées selon un mode informel, alors qu'ils sont tout trois compétents pour rendre des décisions sur le même mineur. A l'exception de la procédure de délégation de l'autorité parentale, le code de procédure ne contenait aucune règle leur permettant de s'informer mutuellement, lorsqu'ils sont saisis d'une procédure concernant un même mineur, tout comme il n'existait aucune disposition règlementaire encadrant les échanges de pièces entre ces juges.

Faute de dispositif contraignant, les dispositions relatives à la communication des pièces entre ces trois juges variaient selon les juridictions, en fonction de l'organisation interne des services, la pratique personnelle de chaque magistrat et la qualité des relations interpersonnelles au sein de chaque tribunal. Pourtant, dans certaines affaires complexes, cette

[336] Article 1180-1 CPC

communication est primordiale afin de permettre aux différents magistrats saisis de disposer d'une meilleure connaissance des enjeux d'un dossier pour éviter d'éventuelles incohérences dommageables aux parties.

Cette communication entre ces juges est réapparue lors de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. Prolongeant ces réflexions, la Commission sur la répartition du contentieux présidée par le recteur Guinchard lui a réservée sa proposition n°7 de son rapport qui énonce « *la mise en place d'un dispositif fonctionnel complet de communication entre juge aux affaires familiales, juge des enfants et juge des tutelles relativement aux dossiers intéressant les mêmes enfants mineurs, avec une systématisation des échanges.* »

Pris après avis du Conseil d'Etat, le décret n°2009-398 du 10 avril 2009 a suivi les recommandations de la commission et met en place un dispositif de circulation de l'information entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, aussi bien pour les pièces contenues dans les dossiers que pour les décisions rendues par chacun de ces magistrats. Ce texte démontre la volonté d'instaurer un cadre juridique facilitant la communication sans alourdir les procédures, et d'éviter de provoquer un retard dans le processus de décision.

Ainsi, le juge des enfants peut être amené à intervenir dans des circonstances bien précises (§1), tout comme le juge des tutelles (§2). Cette collaboration entre ces divers juges des conflits familiaux devrait se renforcement depuis le début de la mise en place du « Réseau Famille » (§3)

§1 L'intervention du juge des enfants

Son domaine de compétences est déterminé (A), pouvant dans certaines circonstances, l'amener à partager ses informations avec le juge aux affaires familiales (B).

A.Son domaine de compétence

Créé en 1945, ce magistrat du tribunal de grande instance compétent à l'égard des enfants mineurs est chargé d'une mission à trois volets[337]. Il connait de la matière pénale, pour les infractions commises par les mineurs en tant que juridiction d'instruction pour toutes les infractions, et en tant que juridiction de jugement. Dans ce cas, il statue soit comme juge unique, doté de pouvoirs limités s'agissant de la nature des sanctions, soit comme président du tribunal pour enfants, pour toutes les infractions commises par des mineurs à l'exception des crimes relevant de la compétence de la Cour d'assise des mineurs de 16 à 18 ans. Il intervient également en matière sociale, afin de décider de l'ouverture de la tutelle aux prestations sociales versées pour des mineurs et désigner le tuteur. Enfin, il est aussi compétent en matière civile, afin d'ordonner des mesures d'assistance éducative, lorsque la santé ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ou lorsque les conditions de son éducation sont gravement compromises. Par cette dernière mission, le juge des enfants peut connaitre du même mineur en difficulté que le juge aux affaires familiales. Afin d'éviter ces saisines multiples, le code civil prévoit que lorsqu'une requête en divorce a été présentée, les mesures d'assistance éducative[338] ne peuvent être prises par le juge des enfants que si un fait nouveau, de nature à entrainer un danger pour le mineur, s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale[339]. Le juge des enfants doit caractériser, au jour où il statue, l'état de danger dans lequel se trouve le mineur en raison

[337] J. HAUSER, « *Le contentieux familial en France : la forme et le fond* », Familles et Justice, justice civile et évolution du contentieux en droit comparé, éditions BRUYLANT, L.G.D.J, PARIS, 1997, p.87

[338] Article 373-3 alinéa 1 C. civ

[339] Article 373-3 alinéa 2 C. civ

d'un fait nouveau survenu postérieurement à l'ordonnance de non conciliation[340]. Cette règle est importante, puisque le juge aux affaires familiales est amené à apprécier la situation d'un mineur, en prenant en considération l'ensemble des éléments de son environnement, et même ceux susceptibles de caractériser un danger. Une question demeure, celle de savoir si le juge des enfants est compétent pour statuer sur le droit de visite de grands-parents ou de tiers dans le cadre de la procédure d'assistance éducative. Certaines juridictions estiment que le juge des enfants n'est en aucun cas compétent pour statuer sur le droit de visite de ces derniers, compétence appartenant entièrement au juge aux affaires familiales. D'autres jugent qu'en cas de placement d'un enfant, le juge des enfants est compétent pour accorder ou retirer un droit de visite et d'hébergement à des grands-parents ou à des tiers. Certains considèrent également que le juge des enfants n'est compétent pour apprécier ce litige que si les parents sont opposés à un tel droit des grands-parents ou des tiers, et d'autres estiment qu'une telle décision peut être prise par le juge des enfants uniquement lorsque ce sont les grands-parents qui sont à l'origine du danger[341].

B.Sa collaboration avec le juge aux affaires familiales

Face à ces diverses possibilités de saisine, la question était de savoir si les juges pouvaient se transmettre leurs informations concernant un même mineur.

Un avis rendu par la Cour de cassation le 1er mars 2004[342], quant à la faculté pour le juge aux affaires familiales de fonder sa décision sur des pièces contenues dans le dossier d'assistance éducative du juge des enfants, apportait quelques indications en créant un cadre à cette communication de pièces, lié à l'application du principe du contradictoire. Cette idée a été clarifiée par le décret n°2009-398 du 10 avril 2009, qui impose au juge aux affaires familiales de vérifier, lorsqu'il est saisi aux fins de statuer sur l'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant, si celui-ci est suivi dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative par le

[340] Cass, Civ 1ère, 14 mars 2006, Bull.civ. I, n°161 ; D 2006, Jur. p.1947, note M. Huyette
[341] Riom, 13 janvier 2004, n°0094/2003
[342] Cass, Avis, 1er mars 2004, D.2004.1627, note M. Huyette ; J.-P HAUSER, « *L'enfant et ses trois juges* », RTD Civ, 2004, p.498

juge des enfants[343]. Cette vérification effectuée, le juge aux affaires familiales peut demander, si besoin est, la transmission de pièces du dossier d'assistance éducative, et notamment des mesures d'investigation effectuées, qui peuvent lui permettre de statuer en toute connaissance de cause, sans avoir à ordonner d'autres mesures d'instruction[344].

L'avantage de cette disposition est qu'elle permet l'accomplissement de cette formalité sans accroitre le travail du juge aux affaires familiales, ni retard dans le traitement des dossiers. Le texte laisse toute liberté à ce juge dans la prise de décisions sans oublier, qu'il a la possibilité d'interroger les parties ou leurs avocats lors de l'audience. De plus, cette vérification est facilitée par l'informatique, dont l'adaptation à cette fin est prévue. Enfin, avant l'audience, la transmission du rôle par le greffe du juge aux affaires familiales ou greffe du tribunal pour enfants offre la possibilité de vérifier si les mineurs font l'objet d'une procédure d'assistance éducative.

De surcroit, pour que le juge des enfants puisse être à son tour informé des décisions rendues par le juge aux affaires familiales, le décret dispose que ce dernier en communique une copie au juge des enfants, dès lors qu'elle concerne un mineur suivi en assistance éducative[345]. Il a également la faculté de demander que lui soient transmises des pièces de la procédure devant le juge aux affaires familiales telles que l'enquête sociale, les mesures d'expertises, ou bien encore des témoignages.

Le juge des enfants n'est pas le seul magistrat à collaborer avec le juge aux affaires familiales, le juge des tutelles, détient lui aussi, un rôle important.

[343] M. LA MESTA, J. LEBORGNE, E. BARBE, « *Communication des pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles : Présentation du décret n°2009-398 du 10 avril 2009* », AJF 2009, p.216

[344] Article 1072-1 CPC

[345] Article 1072-2 CPC

§2 L'intervention du juge des tutelles

Tout comme le juge des enfants, le juge des tutelles détient des attributions déterminées (A), pouvant également, en fonction des circonstances, l'amener à partager les informations qu'il possède avec les autres juges de la famille (B).

A.Les attributions du juge des tutelles

De naissance plus ressente et plus modeste, puisqu'il a été créé en 1964, le juge des tutelles est un juge d'instance, contrairement aux deux autres magistrats évoqués. Traitant essentiellement de la matière gracieuse, il est nommé en raison des fonctions essentielles dont la loi l'investit dans la protection des incapables. Les propositions issues de la Commission Guinchard opèrent des changements importants dans la réorganisation de la juridiction des tutelles[346]. Ici, c'est essentiellement la fonction de juge des tutelles des mineurs, rattachée au juge aux affaires familiales, et celle de juge des tutelles des majeurs, demeurant de la compétence du juge d'instance, qui est analysée. Suite à ses travaux, la commission a remarqué que dans l'administration légale comme dans la tutelle des mineurs, le rôle du juge des tutelles était de prendre des décisions concernant la personne de l'enfant et pas uniquement que la protection de son patrimoine. En ce qui concerne l'administration légale, la gestion des biens est liée à l'exercice de l'autorité parentale et se trouve prévue dans un chapitre du code civil intitulé « de l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant », dans le titre consacré à l'autorité parentale. Lorsqu'une tutelle est ouverte au bénéfice d'un enfant mineur, le rôle du juge des tutelles est d'organiser et de présider un conseil de famille qui prend la place des parents pour régler les conditions générales de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. Les complications et lourdeurs procédurales dues à la dualité de juridiction entre le juge des tutelles des mineurs et le juge aux affaires familiales, ont amené au regroupement de ces compétences entre les mains du juge aux affaires familiales, juge de

[346] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p.228-231

la famille, afin d'obtenir une vision globale de la situation de l'enfant et de sa famille. Ce changement permet également de développer la communication entre les différents acteurs en charge de l'intérêt de l'enfant, et de surcroit de développer la médiation familiale. Pour ce faire, la commission a souligné la nécessité de moderniser l'administration légale, et plus particulièrement celle placée sous contrôle judiciaire, afin de tenir compte de l'évolution des mœurs. Un réel changement de philosophie se lit dans les propositions de la commission, souhaité pour le rôle confié au juge dans l'administration des biens de mineurs dont un seul parent exerce l'autorité parentale.

En effet, le nouvel article L 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire ajoute aux attributions du juge aux affaires familiales, celle des mesures de tutelle concernant les mineurs, jusqu'alors dévolues au juge d'instance. Son entrée en vigueur avait été fixée au 1er janvier 2010. Mais la mise en application de cette loi a été douteuse. En effet, le transfert de compétences opéré par le législateur aurait nécessité d'analyser la surcharge de travail supplémentaire du juge aux affaires familiales, sans oublier celle des greffiers et des greffiers en chef, chargés du contrôle des comptes de gestion. De surcroit, la création de postes en proportion à ce transfert doit être encore réalisée, ainsi que l'organisation du déménagement et de l'accueil des dossiers des tribunaux d'instance vers les tribunaux de grande instance, accompagnés de l'adaptation des systèmes informatiques. Confronté au retard important des tribunaux dans la mise en place de cette réforme, une circulaire du 4 aout 2009 du Ministère de la justice, a fait savoir aux présidents de cours d'appel qu'une disposition législative interviendrait pour reporter l'entrée en vigueur de ce transfert et sollicitait les présidents de juridictions de désigner le juge d'instance chargé d'exercer les fonctions de juge des tutelles en tant que juge aux affaires familiales, délégations conseillées aux agents des greffes. Le Professeur Jean Hauser ne se prive pas de relever le manque de rigueur du législateur, qui, du point de vue des sources du droit, laisse une circulaire abroger de facto une loi, en retarder son application pour anticiper sur l'éventualité d'une nouvelle loi. Le législateur ne s'est pas soucié de l'ampleur de la réforme, qui finalement a nécessité plusieurs reports dans sa mise en application, certains tribunaux n'étant pas dotés des moyens nécessaires[347].

A la difficulté pour le justiciable de déterminer vers quelle juridiction il devait orienter son litige, se sont ajoutés plusieurs problèmes juridiques et pratiques, tels que la détermination du

[347] J. HAUSER, *« Compétences tutélaires : la pétaudière normative !* », RTD. civ Octobre-Décembre 2009, p.100

lieu de la tenue des audiences, ou bien encore la durée de la délégation des agents de greffe limitée dans le temps.

Le transfert de la tutelle des mineurs au juge aux affaires familiales ayant fait l'objet de multiples reports[348], le décret du 23 décembre 2009 a pris acte de ce changement délicat.Une circulaire du 22 juin 2010 relative au transfert de compétence en matière de tutelle des mineurs au juge aux affaires familiales[349] est intervenue et a renseigné sur le report de la date d'entrée en vigueur de ce transfert qui n'aurait pas lieu avant le 31 décembre 2010. Elle rappelle que les délégations des agents de greffe ne dépasseraient pas huit mois. Ce texte incite l'ensemble des présidents de juridiction qui ont eu recours à la délégation des juges et des agents de greffe des tribunaux d'instance à la mise en place de ce transfert des compétences à compter du 1er janvier 2011[350]. En attendant cette mise en œuvre définitive de ce transfert de compétences, les justiciables sont contraints de se renseigner localement sur la juridiction devant laquelle ils doivent porter leur litige, en espérant que le but de la loi de simplification des procédures soit atteint au 1er janvier 2011.

Pour le moment, les présidents des tribunaux de grande instance prévoient que siègeront dans la chambre des affaires familiales, des juges d'instance exerçant actuellement les fonctions de juge des tutelles. Ces derniers continuent depuis le 1er janvier 2010 d'exercer ces fonctions, toujours en qualité de juge des tutelles, mais en agissant en tant que juge des affaires familiales du tribunal de grande instance pour les mineurs. Les dossiers de tutelle des mineurs sont conservés dans les tribunaux d'instance, le juge d'instance continuant, en qualité de juge aux affaires familiales, de connaitre de la tutelle des mineurs[351].

Pour les audiences, l'article R.124-2 du Code de l'organisation judiciaire permet de les tenir en fonction des nécessités locales, dans une commune autre que celle du siège de la juridiction. Dans ce contexte transitoire de mise en place de cette nouvelle attribution du juge aux affaires familiales, il est souhaitable que ce magistrat auparavant juge des tutelles, continue de bénéficier de l'assistance de son greffe d'instance. En cas de difficultés, l'article R. 123-17 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que « selon les besoins du service, les

[348] M. BRUGGEMAN, « *Tutelle des mineurs, le transfert de compétence reporté par l'effet de la circulaire* », Dr. famille n°10, Octobre 2009, alerte 72

[349] A. CHOUK, Fiche pratique « *Compétence et organisation des juridictions* », AJF 2010, p.420

[350] M. BRUGGEMAN, « *Adaptation de la procédure aux transferts de compétence en matière de protection juridique des mineurs et des majeurs* », Dr. famille, Février 2010, alerte 10

[351] M. DOUCHY-OUDOT, « *Panorama : Famille-Personne-Succession : Contentieux familial* », Recueil Dalloz, 22 avril 2010, n°16, p.989

agents des greffes peuvent être délégués dans les services d'une autre juridiction du ressort de la même cour d'appel ». Cette décision est confiée aux chefs de cour, délégation qui ne peut pas excéder un période de deux mois, à l'exception d'une prorogation par le G. L'arde des Sceaux, qui ne peut excéder une durée totale de huit mois.

Concernant l'adaptation de l'informatique, le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles. En conséquence, les décisions continueront d'être rendues par le juge des tutelles, ce qui évite au logiciel informatique d'évoluer et de laisser apparaitre sur les décisions rendues la mention « juge des tutelles » Seule l'entête des trames, tout comme la référence du tribunal d'instance dans le corps des documents demandera une modification afin de voir apparaitre « tribunal de grande instance » à la place de tribunal d'instance[352].

On reste dans la logique de la création d'une justice familiale, en réunissant un certain nombre de compétences entre les mains du juge aux affaires familiales. L'attribution de la tutelle des mineurs caractérise d'autant plus l'importance de sa mission.

B. Sa collaboration avec les autres juges de la famille

Les échanges d'information entre le juge des enfants et le juge des tutelles sont soumis à des formalités plus douces. Il est inutile de contraindre le juge des tutelles à s'assurer de l'existence d'une procédure d'assistance éducative, dans tous les cas où il est appelé à prendre une décision vis-à-vis d'un mineur. Cette vérification n'est pas nécessaire, surtout lorsque le magistrat statue sur des questions d'ordre patrimonial[353].

En outre, lorsqu'il a connaissance d'une procédure d'assistance éducative ouverte à l'égard du mineur pour lequel il est saisi, le juge des tutelles n'est pas obligé, contrairement aux juges aux affaires familiales, de transmettre tout de suite copie de la décision qu'il a rendue, mais uniquement de toutes pièces que le juge des enfants estimera utile pour les besoins de la procédure. Par conséquent, quand le juge des tutelles statue en matière patrimoniale à l'égard

[352] M. DOUCHY-OUDOT, « *Tutelle* », Procédures n°2, février 2010, comm. 39
[353] Article 1221-1 CPC

du mineur et que la décision n'a pas d'impact sur la procédure de protection de l'enfance, le juge des enfants n'a aucun intérêt à se voir communiquer cette décision du juge des tutelles[354].

Concernant les conditions procédurales de communication des pièces d'un dossier entre ces trois magistrats, le décret reprend le principe dégagé par l'avis de la Cour de cassation rendu le 1er mars 2004[355] sur la faculté pour le juge aux affaires familiales de fonder sa décision sur les pièces issues d'un dossier d'assistance éducative du juge des enfants[356]. Cet avis énonce que « l'article 1187 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2002-361 du 15 mars 2002, ne s'oppose pas à ce que le juge aux affaires familiales fonde sa décision à propos de l'exercice de l'autorité parentale sur le dossier d'assistance éducative tel que communiqué par le juge des enfants, sous réserve, que les parties à l'instance devant le juge aux affaires familiales figurent parmi celles qui ont qualité pour accéder au dossier d'assistance éducative selon l'article indiqué et, que les pièces du dossier du juge des enfants soient soumises au débat contradictoire. » Suite à cet avis, le décret prévoit que la communication des pièces entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales, ou le juge des tutelles est possible, lorsque les parties à la procédure devant le juge aux affaires familiales figurent parmi celles ayant qualité pour consulter le dossier d'assistance éducative[357]. Il est possible pour le juge des enfants d'exclure certaines pièces de la communication lorsqu'il estime que leur production risque de faire courir un danger physique ou moral grave au mineur, une partie ou un tiers[358].

[354] Article 1221-2 CPC

[355] Cass, Avis, 1er mars 2004, D.2004.1627, note M. Huyette ; J.-P HAUSER, « *L'enfant et ses trois juges* », RTD Civ. 2004, p.498

[356] M. LA MESTA, J. LEBORGNE, E. BARBE, « *Communication des pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles : Présentation du décret n°2009-398 du 10 avril 2009* », AJF 2009, p.216

[357] Article 1187 CPC

[358] Article 1187-1 CPC

§3 La commission Guinchard et le Réseau famille.

La création de ce « réseau famille » est l'une des propositions les plus marquantes de la Commission Guinchard[359], puisque les juges aux affaires familiales, les juges des enfants et les juges des tutelles communiqueraient les uns avec les autres, afin d'assurer une meilleure articulation dans leurs interventions. Le but est de développer les échanges entre les différents acteurs en matière familiale, moyennant des règles procédurales adaptées[360].

Le fonctionnement de ce Réseau Famille débute par la désignation d'un magistrat coordonateur (A), accompagnées de multiples propositions de coordination (B), afin de procéder aux modalités d'échange d'informations entre les juges de la famille (C).

A.La désignation de magistrats « coordonateurs »

L'organisation d'un tel réseau débute par la désignation de magistrats, au niveau de la cour d'appel et des tribunaux de grande instance, chargé d'assurer la coordination de l'ensemble des activités en matière de famille et de personne, d'animer le réseau par le biais d'organisation de réunions, de formations déconcentrées, et de rédiger un rapport annuel des activités de ce réseau, destiné aux chefs de juridiction et communiqué aux instances concernées telles que le conseil général ou bien encore la préfecture.

L'ensemble de ces coordonateurs seraient désignés parmi les magistrats intéressés par le premier magistrat de la Cour d'appel, sur proposition de l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour. C'est sous leur tutelle que seraient choisis les auxiliaires spécifiques des juridictions familiales, tels que les enquêteurs sociaux, les experts psychologues ou

[359] T. FOSSIER, « *Le réseau famille* », AJF 2008, p.319

[360] S. GUINCHARD, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2008, p.228-231

psychiatres ou pédopsychiatres ou pédiatres, les médiateurs ou bien encore les administrateurs ad hoc

Au sein de cette Cour d'appel, il serait opportun que ce coordinateur soit en même temps un magistrat délégué à la protection de l'enfance, qui siège dans la chambre spéciale des mineurs[361]. De ce point de vue, le développement d'une coordination au niveau de la Cour d'appel implique que les appels en matière tutélaire soient portés devant cette cour, voire que la totalité des appels soit à la charge d'une chambre spécialisée, qui en pratique, élargirait la compétence de cette chambre spéciale des mineurs à l'ensemble des matières familiales.

B.Les propositions de coordination au sein du Réseau Famille

Une coordination des fonctions du parquet dans le domaine familial devrait aussi être organisée[362]. Afin de permettre l'établissement d'un lien entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, un pilotage judiciaire doit être mis en place. Les recommandations de la commission dans les domaines de l'état civil, de la capacité des personnes, de la filiation et du mariage sont précises. Il est donc essentiel que les officiers d'état civil, les greffiers et les juridictions destinées à statuer dans ces domaines, soient dotés d'un interlocuteur repérable et disponible au sein du parquet. Pour la protection des majeurs, la loi du 5 mars 2007 place le parquet au cœur de la procédure de saisine du juge des tutelles, à l'instar du mécanisme existant en matière d'assistance éducative. Afin que cette réforme soit bien appliquée, il est primordial que l'investissement soit plus important en la matière. Pour parfaire ce réseau, la désignation des magistrats du parquet en matière de justice des mineurs peut être une annonce à la mise en place d'un référant familial au sein du parquet, qui serait précisé par la désignation d'un magistrat du parquet général de la Cour d'appel.

Il est essentiel que les greffes en matière familiale offrent un accueil et une transmission de l'information de qualité au justiciable. Le développement du guichet universel préconisé par la commission semblerait combler ces lacunes. Le personnel des greffes intervenant dans ces

[361] Article L 312-6 COJ
[362] Ibid

domaines doivent tenir un rôle central dans l'amélioration de la circulation de l'information. Leur investissement passe par leur association au réseau judiciaire en matière familiale ainsi que par le développement de programmes adaptés de formation.

Les avocats intervenant dans le domaine de la famille et ayant la mention d'une spécialisation en droit des personnes, devraient aussi faire partie de ce « réseau famille ».

C.Les échanges d'information entre les juges de la famille : nouveauté véritable ?

Pour satisfaire l'efficacité du mécanisme de cette organisation, la commission souhaite développer, sur un mode normatif, les échanges entre les différents juges, s'agissant des dossiers concernant les mêmes personnes vulnérables, enfants ou majeurs protégés. Cette idée n'est cependant pas une nouveauté, puisqu'elle a déjà été testée par les Chambres de la famille.

La Commission Guinchard propose ainsi une organisation fonctionnelle précise dans le cadre de la circulation de l'information entre les acteurs de la justice, structurée dans un réseau judiciaire en matière familiale, appelé « Réseau Famille ».

En effet, dans les années 1960, l'expérience des chambres de la famille[363] avait été tentée dans certaines juridictions avec la mise en place d'un système de transmission des informations entre les juges par la constitution d'un dossier réunissant l'ensemble des documents concernant une même famille[364].

Les mêmes difficultés appellent les mêmes remèdes, puisque la pluralité de juges empêche l'unicité nécessitant de les rassembler. La lourdeur des rapports établis par les magistrats de ces chambres était l'une des principales raisons de leur échec. Quant aux modalités concrètes, il existe aujourd'hui l'informatique.

[363] Cf. supra sur l'analyse du fonctionnement de la chambre de la famille p.63

[364] J. VOLFF, « *La Chambre de la famille de Metz* », Gaz. Pal, 1973, II, doctrine, p.504 ; G. FEDOU, « *L'expérience française de la chambre de la famille* », Rev. Trim. dr. sanitaire et soc, n°25, Janvier-Mars 1971, p.26

Mais il reste le contradictoire et la confidentialité des affaires qu'il faut conjuguer avec ces précédentes difficultés. Que savent les parties de tout ça, surtout lorsqu'il s'agit de pièces de dossiers sensibles ? Il est important qu'elles connaissent le contenu de ces documents. Une partie pourrait-elle s'opposer à ce qu'un juge aux affaires familiales ait connaissance de ce que traite le juge des enfants ?

L'organisation prévue par la Commission Guinchard consiste surtout en une nouvelle appellation de la chambre de la famille et l'emploi des nouvelles technologies.

Du XVIIème au XXème, l'instabilité du droit de la famille est certaine, essentiellement provoquée par des bouleversements sociétaires et des changements de mœurs. Le législateur tente sans cesse de trouver une réponse adaptée à la résolution des conflits familiaux.

L'analyse de ces multiples changements procéduraux montre que le législateur à bien des difficultés à élaborer des remèdes aux maux de la famille. Son cœur balance entre la volonté de confier le traitement de ces conflits familiaux aux professionnels du droit et l'envie de le remettre à des tiers, étrangers à la matière.

Les tribunaux de famille sont le premier exemple de cette réflexion, puisqu' au départ ils étaient composés de juges non-juristes issus de membres de la famille des époux en conflit, d'amis ou voisins de ces derniers. Leur fonctionnement est de courte durée, les professionnels du droit reprenant leur place, les justiciables préférant faire appel à eux, plutôt qu'à des personnes étrangères au système judiciaire. En outre, le contexte de l'époque révèle une société dotée d'une Etat fort empêchant ses propres citoyens de rendre eux-mêmes la Justice.

La deuxième moitié du XXème siècle suivie du début de ce XXIème siècle sont les plus mouvementés, le législateur étant décidé à créer une justice de la famille efficace. L'expérience des chambres de la famille amène le législateur à la concentration du contentieux de la famille entre les mains d'un juge spécialisé en la matière. Le juge aux affaires matrimoniales est chargé du contentieux du divorce, de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs et de concilier les époux. Cependant, même s'il détient l'exclusivité de l'instance en divorce, il reste subordonné à la collégialité au moment du divorce. Cette carence est comblée par la loi du 8 janvier 1993, par l'apparition du juge aux affaires familiales, qui enfin connait du divorce du début jusqu'à la fin.

Cependant face à un contentieux aussi massif, le juge se voit dépourvu de moyens pour répondre au justiciable dans un délai raisonnable[365]. L'apparition de la médiation familiale dans notre système juridique semble apporter les réponses nécessaires, mais reste timide dans sa pratique, même depuis son insertion dans le Code civil depuis la loi du 26 mai 2004. Les derniers textes en la matière, issus de la réflexion de la Commission Guinchard incitent les magistrats à une pratique plus poussée de la médiation familiale. La déjudiciarisation de certains points spécifiques au droit de la famille semble être une autre solution au désengorgement des juridictions familiales, comme le changement de régime matrimonial faisant partie de la compétence du notaire. Cet exemple reste pour le moment unique, les propositions de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel restant écartées pour l'instant.

Le domaine des conflits familiaux étant vaste, le juge aux affaires familiales n'est pas le seul magistrat à en connaitre, puisque d'autres juges dotés de compétences spécifiques en la matière peuvent intervenir. Ainsi, le juge des tutelles et le juge des enfants peuvent être amenés à travailler avec le juge aux affaires familiales dans l'intérêt d'un même mineur lorsque ce dernier est concerné par plusieurs procédures. La réforme de la tutelle des mineurs confiant cette spécificité au juge aux affaires familiales ne supprime pas cette collaboration des juges entre eux, puisque le juge aux affaires familiales intervient en tant que juge des tutelles des mineurs. Les règles prévues concernant la collaboration de ces magistrats sont donc toujours applicables[366].

L'ensemble des réformes survenues lors de ce début de XXIème siècle, et notamment celles issues du rapport de la Commission Guinchard vont dans le sens de la création du Réseau Famille regroupant l'ensemble des magistrats susceptibles de connaitre de la matière, avec en son cœur, le juge aux affaires familiales, juge essentiellement chargé de la matière.

[365] L. CADIET, « *A la recherche du juge de la famille* », Familles et Justice, justice civile et évolution du contentieux en droit comparé, éditions BRUYLANT, L.G.D.J, PARIS, 1997, p.235

[366] Article 1121-1 et 2 CPC

Finalement, le législateur opterait pour une juridiction de la famille équilibrée, composée de magistrats, mais également de non professionnels du droit. Il faut un juge, car on n'est pas prêt à traiter des conflits familiaux sans lui. Il ne peut se fonder sur la qualité de père/mère, et il faut qu'il soit juriste, c'est certain. La centralisation des pouvoirs simplifie, mais est-ce dangereux pour la gestion de ces conflits. Quelle place détiennent les acteurs ?

Ce juge du divorce est un modèle de toutes les situations de ces conflits familiaux, et se traduit par la montée en puissance d'un juge dont les compétences s'accroissent sans arrêt. Sa tâche est si conséquente, qu'on se demande si on ne les confierait pas à d'autres acteurs. Il a un pouvoir d'attraction qui est fort, et les modifications de compétence bougent. Leurs mouvements vont des autres juges au juge aux affaires familiales, et pas le contraire. Si elles n'appartiennent plus au juge aux affaires familiales, cela veut dire qu'elles disparaissent pour tous les juges : c'est la déjudiciarisation. Quant à ses relations avec les autres magistrats de ce contentieux, ce ne sont que des relations d'information. Qui récupère les attributions qu'il perd ? Là est la question.

PARTIE 2 : LES PROCEDURES DE TRAITEMENT DES AFFAIRES FAMILIALES

La masse du contentieux familial ne cessant de s'accroitre, le législateur est en perpétuelle réflexion, afin de faciliter au mieux le travail des juges de la famille. Depuis la réforme du 11 juillet 1975, on commence à introduire certains professionnels du droit pour les aider dans leur tache.

Le premier à apparaitre est le notaire chargé, pour commencer, d'intervenir dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial des époux, après réalisation de la rupture de leur lien conjugal. Sa mission s'intensifie par la loi du 26 mai 2004, dont le but essentiel est de pacifier les conflits familiaux, puisqu'il a l'opportunité d'agir dès le début de la procédure de divorce. La loi du 12 mai 2009 lui retire sa fonction de notaire commis, sans toucher à l'essentiel de son intervention.

L'avocat voit également son rôle prendre un nouvel essor avec la loi du 26 mai 2004, suivant la volonté du législateur d'apaiser les conflits. Première relation que les parties ont avec la justice, il est de son devoir de chercher à les concilier. Cette profession voit sa mission s''étendre par l'apparition de nouveaux règlements amiables des conflits, utiles à la résolution des affaires familiales.

Les professionnels du droit ne sont pas les seuls à pouvoir s'immiscer dans les procédures familiales, d'autres acteurs pouvant être appelés à donner leur avis. C'est le cas de l'enfant, qui n'est ni tiers ni parties dans le litige qui oppose ses parents, et qui détient l'opportunité de s'exprimer, sous certaines conditions. Des acteurs spécifiques peuvent également être sollicités dans la procédure afin d'éclairer le juge sur un point précis qui sort des ses compétences, et ce dans le but de donner une solution adéquate au conflit qu'il traite.

Les procédures familiales se recentrent autour du juge aux affaires familiales, qui vient de voir ses attributions s'intensifier en ce début de XXIème siècle.

La procédure fait appel à des modes de preuves spécifiques, utilisés tout en préservant un équilibre entre le respect de la vie privée, la liberté de parole, le principe du contradictoire et la recherche de la vérité. Le juge aux affaires familiales détient tout contrôle de ces derniers, lorsque les parties les emploient sans prendre en considération les règles applicables en la matière.

Enfin la justice familiale ne peut ignorer l'influence des nouvelles technologies de plus en plus performantes. Des réseaux virtuels privés ont commencé à se mettre en place, malgré la réticence de certaines professions, dans le but de favoriser les échanges d'actes et de pièces entre les professionnels du droit et les tribunaux, comme les avocats et les magistrats. D'autres sont en cours d'élaboration et devraient fonctionner dans un avenir proche. Toutefois, l'utilisation de ces réseaux ne favorise que les professionnels entre eux, et en aucun cas les justiciables. Il est donc essentiel de garder à l'esprit la spécificité du traitement des conflits familiaux qui demande du contact humain, afin de libérer la parole des parties trop souvent difficile à entendre.

Ainsi, l'insertion d'acteurs dans les procédures familiales permet de soulager le travail du juge aux affaires familiales (Chapitre 1), dotés de spécificités procédurales de plus en plus importantes (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'introduction d'acteurs

Le traitement des conflits familiaux est caractérisé par la présence d'acteurs, dont le nombre s'est multiplié.

Leur présence et leur rôle ont évolué, suivant les choix politiques de notre société de ces trente dernières années. C'est le « tableau du contentieux familial » que décrit Christian Panier, mettant en scène des acteurs qui ont plus ou moins disparu, lors du Congrès international organisé par le Centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain des 5-8 juillet 1994[367]. C'est le cas du ministère public, tiers au procès, qui s'est progressivement effacé, pour ne suivre que partiellement ce domaine, sauf lorsqu'il concerne directement ou indirectement le sort des enfants mineurs. L'enfant, quant à lui, est devenu un sujet à part entière depuis la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, devenant plus ou moins actifs suivants les procédures dont il est l'objet.

Monsieur Panier démontre également une certaine évolution des rôles, et notamment du juge, qui devient plus ou moins présent selon la procédure appliquée, tout comme les avocats, acteurs, quant à eux, deviennent de plus ne plus présents dans le traitement des conflits familiaux. Les acteurs tiers au conflit familial détiennent également des tâches qui diffèrent en fonction de la difficulté du litige à traiter.

Ce déplacement et ces changements de rôle des acteurs pouvant s'immiscer dans le traitement des conflits familiaux dévoilent une évolution vers la contractualisation du droit de la famille, et par conséquent, une privatisation de la matière, cherchant à concilier les parties, surtout lorsque l'intérêt de l'enfant est en jeu.

[367] C. PANIER, « *Le rôle et la coordination des acteurs dans la justice familiale contentieuse : entre contrôle juridictionnel et gestion assistée* », Familles et Justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, éditions BRUYLANT, LGDJ Paris, 1997, p.361

Les fonctions des ces acteurs intervenant dans le traitement des conflits familiaux sont en perpétuel mouvement.

Aujourd'hui, les premiers sont les professionnels du droit, et plus particulièrement les auxiliaires de justice, qui jouent des rôles spécifiques en la matière. Leurs tâches se sont développées lors de la réforme du divorce du 26 mai 2004, qui avait pour but essentiel de pacifier au maximum la procédure de divorce. C'est ainsi que le notaire avait une mission réduite avant la réforme de 1975, puisqu'il n'intervenait que dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial des époux suite à la rupture du lien conjugal, pour obtenir une place importante lors de ces procédures, le divorce devenant de plus en plus consensuel. Pour le professeur Lienhard, il est même investi d'une fonction nouvelle[368] : les accords des époux dès le début de la procédure sont conseillés, impliquant l'intervention du notaire aux prémices du divorce, lorsqu'il existe des biens soumis à publicité foncière et même, en leur absence, sur désignation du juge. Néanmoins, il a vu sa fonction de notaire commis supprimée par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, qui a enlevé les délais des opérations de liquidation et de partages des intérêts patrimoniaux des époux, pour confier ces dites opérations aux règles applicables en matière de droit des successions. Il n'en reste pas moins, que cet officier ministériel demeure très présent dans les procédures familiales.

L'avocat, autre auxiliaire de justice, a également vu ses attributions s'accroitre avec la loi du 26 mai 2004. Cet accroissement de son rôle va dans la logique du législateur désirant apaiser les conflits familiaux, l'avocat étant le premier contact juridique pour les parties au litige. Ce texte lui demande de veiller à ce que l'accélération des procédures ne porte pas atteinte aux droits et aux intérêts des époux qu'il représente. C'est dans cet objectif que le législateur a développé les passerelles entre les procédures, pour permettre à cet auxiliaire de justice de veiller à ce que l'intérêt des époux ne soit pas sacrifié au souci de rapidité : pour cela, il doit coopérer loyalement dès le début du contradictoire, et en cas de divorce par consentement mutuel, l'avocat commun des époux doit constamment garder à l'esprit d'éventuels risques de conflit d'intérêts. Récemment, sa fonction s'est amplifiée par la mise en place de nouveaux règlements amiables des conflits, applicables aux litiges familiaux.

[368] C. LIENHARD, « *La nouvelle part des acteurs de la justice familiale* », Mélanges Simler, Litec, Dalloz 2006, p.201

Ces auxiliaires de justice sont aussi appelés a travailler main dans la main dans la gestion des procédures familiales, pour qu'elles puissent se dérouler le plus simplement possible, et ce, même lorsque les parties ne trouvent pas d'accord.

D'autres acteurs peuvent intervenir dans ces procédures, notamment l'enfant, acteur à part entière dans ce type de conflit puisqu'il n'est ni tiers, ni partie dans le conflit de ses parents. Cette place de l'enfant au sein des procédures le concernant a profondément évolué depuis la Convention de New York de 1989, amenant de nombreuses législations européennes à organiser une rencontre entre le juge et l'enfant, encadrée par une procédure plus ou moins formaliste[369]. Toutes se heurtent au même problème, celui du conflit entre l'autonomie de l'enfant et celui de sa protection. Ainsi, des divergences apparaissent entre les pays nordiques et les pays latins, pays de common law et de droit écrit. Mais toutes s'entendent pour distinguer les procédures dans lesquelles l'autonomie du mineur est un renfort dans sa protection comme pour l'adoption, la reconnaissance ou le changement de nom, et celles dans lesquelles il lui est interdit de s'opposer aux décisions résultant de l'accord de ses parents.

Le droit français a adopté ce raisonnement et a pris conscience que l'enfant est le premier concerné par les conséquences qui découleront du conflit opposant ses parents, c'est pour cela que sa place est très encadrée. Ainsi, lorsqu'il est entendu par le juge, l'avocat intervient à nouveau pour l'accompagner dans cette épreuve délicate. En effet l'audition de l'enfant bénéficie d'une procédure particulière, dotée d'un régime et de conditions d'exercice précis, nécessitant la présence de ce professionnel du droit.

Enfin, le législateur permet l'insertion d'acteurs spécialisés dans les procédures familiales, lorsque le juge aux affaires familiales éprouve le besoin d'être aiguillé dans certains domaines spécifiques, nécessaires à la solution qu'il doit apporter au dossier qu'il traite. Ces derniers apparaissent dans des objectifs bien précis, afin de lui donner des réponses aux questions qu'il se pose.

[369] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *L'enfant et la justice familiale* », Familles et Justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, éditions BRUYLANT, L.G.D.J Paris, 1997, p.560

Ainsi, lors du traitement des conflits familiaux, deux styles d'acteurs sont à distinguer : les professionnels du droit dont les auxiliaires de justice (S1), et les acteurs spécialisés, en raison de leur position dans le litige (S2).

SECTION 1 : L'intervention des auxiliaires de justice

Le juge aux affaires familiales peut faire appel à divers auxiliaires de justice, comme le notaire (§1), ou encore l'avocat, devenu un chercheur de solution convenant à chaque partie au litige qu'il traite (§2). Ces derniers sont appelés à collaborer lors de la procédure de divorce (§3).

§1 L'apparition du notaire dans le règlement des conflits familiaux

Son rôle s'est élargi avec la loi du 26 mai 2004 relative au divorce (A), qui lui permet notamment de s'immiscer dans cette procédure en tant qu'expert (B)

A Un rôle élargi dans la procédure de divorce

La présence du notaire dans une procédure de divorce a été progressive. En effet, aucun accord n'était possible aussi bien sur le divorce que sur ces conséquences avant la loi du 11 juillet 1975, le notaire n'ayant pour mission que de régler le régime matrimonial après la rupture du lien conjugal. La réforme du divorce du 11 juillet 1975 a été une véritable révolution, puisqu'elle permet aux époux de trouver un accord sur la rupture du mariage et ses conséquences, grâce au divorce par consentement mutuel qui, lorsqu'un accord est possible,

permet au notaire d'intervenir, après la rupture du lien conjugal, mais également avant le jugement[370].

La réforme du 26 mai 2004 relative au divorce rend le divorce de plus en plus consensuel, et encourage les accords dès le début de la procédure, expliquant l'intervention du notaire dès qu'il existe des biens soumis à publicité foncière et même, en leur absence, sur désignation du juge. Pour certains auteurs, ce texte présente des insuffisances procédurales dévoilant des risques éventuels occasionnés par une déjudiciarisation trop conséquente[371].

Cette loi prévoit l'intervention du notaire avant la rupture du lien conjugal, pendant la procédure de divorce, et après le prononcé du divorce. (notaire choisi, commis et expert)

Lorsque les parties sont décidées à divorcer à l'amiable, alors qu'une procédure contentieuse est engagée, elles peuvent choisir le notaire qui procédera à la liquidation de leur régime matrimonial[372], choix qui se fait également dans un divorce par consentement mutuel(1). Cependant le notaire ne peut plus être commis depuis la réforme de la loi du 12 mai 2009 (2).

1.Le choix du notaire

Il a lieu lors d'un divorce par consentement mutuel (a), et également dans le cadre d'un divorce contentieux (b).

[370] P.-J. CLAUX, « *Le nouveau rôle du notaire* », AJF 2004, p.227

[371] J. CASEY, « *Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial : le divorce de la raison et du possible ?* » Dr. famille, Janvier 2008, p.7

[372] A. DEPONDT, « *Réflexion sur le rôle du notaire dans le nouveau divorce* », Defrénois n°23/06, p.1815

a.Pour le divorce par consentement mutuel

Le notaire participe a l'élaboration (i) et au contenu (ii) de la convention de divorce.

i.L'élaboration de la convention de divorce

Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, l'article 1091 du Code de procédure civile précise dans son alinéa 1 que la requête en divorce doit comprendre en annexe une convention portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. Cet état liquidatif doit être passé en la forme authentique devant un notaire, lorsque la liquidation porte sur des biens devant faire l'objet d'une publicité foncière. Dans ce cas, le notaire choisi ne signe que l'acte qu'il a rédigé, c'est-à-dire la liquidation et le partage ou la convention d'indivision, sauf si la convention est contenue dans un seul acte, qui réunit les clauses relatives à la prestation compensatoire, à l'autorité parentale, aux pensions, ainsi qu'au partage des biens entre les époux.

Ainsi, l'élaboration de la convention de divorce par consentement mutuel fait intervenir deux professionnels du droit, le notaire chargé de rédiger l'état liquidatif et le partage des biens des époux, qui sera annexé à ladite convention, et l'avocat, rédacteur de la demande en divorce, et intervenant auprès des parties et du juge, lors de l'audience d'homologation.

Il est possible que le juge suggère des modifications de certaines clauses de la convention, qui ne pourront être réalisées qu'avec l'accord des parties[373]. Dans la pratique, ces changements ont lieu lorsque le juge aux affaires familiales estime que la convention porte préjudice soit à l'un des deux époux, soit à l'enfant. Dans ce cas, il donne aux parties un délai de six mois pour effectuer les modifications nécessaires décrites dans son ordonnance, et ordonne s'il est nécessaire les mesures provisoires, comme lors d'une ordonnance rendue dans un divorce contentieux.

[373] Article 1099 CPC

ii.Le contenu de la convention de divorce

Des difficultés peuvent survenir lors de l'examen de la liquidation du régime matrimonial. En effet, des interrogations peuvent se poser s'agissant des indivisions du couple. Il n'est pas rare que les comptes aient besoin d'être faits, un époux ayant pu payer plus qu'il n'aurait dû comme peut en attester l'acte d'acquisition, et qu'il soit nécessaire de déterminer pourquoi certains règlements ont été effectués.

En outre, il est fréquent que les époux en cours de divorce soient obligés de vendre un bien, tel que le logement familial. Les démarches sont longues, et souvent, il est prévu dans les mesures provisoires que l'un des époux l'occupera, en attendant le prononcé du divorce. Cette indivision provisoire n'est qu'une passerelle en attendant la vente du bien.

L'allocation d'une prestation compensatoire est aussi examinée, lorsque l'un des époux à une situation de fortune beaucoup plus importante que son conjoint, afin de compenser la disparité due à la rupture du mariage. Elle peut être versée sous forme de capital, ou de rente et exige que les comptes entre les époux soient soldés. Dans l'hypothèse où cette prestation compensatoire est un capital payable en plusieurs fois, ou une rente viagère, sa révision ne doit pas être omise, tout comme les conditions de cette révision.

b.Dans le cadre des divorces contentieux :

Dans ce contexte, le notaire est désigné par le juge aux affaires familiales afin de procéder au projet de liquidation du régime matrimonial des époux (i), projet pour lequel un accord amiable entre les parties est possible à tout moment de la procédure (ii).

i.Le projet de liquidation du régime matrimonial des époux :

Lors de la tentative de conciliation, le juge aux affaires familiales sollicite des époux la présentation d'un projet de liquidation de leur régime matrimonial pour l'audience de jugement. Pour ce faire, il a la possibilité de prendre des dispositions, comme celle de désigner un professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire toute proposition sur le règlement des intérêts pécuniaires des époux[374], ou encore de désigner un notaire chargé d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de former des lots dans le but de leur partage[375].Cette proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux doit figurer dans la demande en divorce des époux, à peine d'irrecevabilité[376].

Une distinction doit être faite suivant les divers régimes matrimoniaux. Pour les époux mariés sous un régime nécessitant une liquidation, comme le régime de la communauté ou de la participation aux acquêts, l'assignation en divorce doit obligatoirement être accompagnée d'un projet de liquidation du régime matrimonial. Dans la pratique, le juge ne dispose d'aucun moyen de vérification de la réalité de ce travail, ainsi, le législateur a précisé dans son article 1115 du Code de procédure civile que cette proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux n'est pas une « prétention » au sens de l'article 4 du Code de procédure civile.

Lors de l'assignation en divorce, les parties se trouvent aux stades préparatoires de la liquidation de leur régime matrimonial. L'accord est loin d'être acquis, mais envisageable, permettant de gommer toutes les spécificités procédurales, qui réapparaissent si ce dernier n'aboutit pas. Notre droit favorise l'accord et créé des situations complexes dans lesquelles il peut être partiel ou non. Le paysage judiciaire est nuancé et doté de multiples possibilités, laissant le sentiment qu'auparavant, les choses étaient plus simples : soit on aboutissait à un accord, soit on n'y parvenait pas. Aujourd'hui, plusieurs difficultés peuvent apparaitre dans lesquelles les accords peuvent être partiels, laissant les professionnels dans une situation confuse.

[374] Article 255-9° C. civ
[375] Article 255-10° C. civ
[376] Article 257-2 C. civ

Pour les époux mariés sous le régime de la séparation de biens, le projet de liquidation sera moins fastidieux, lorsqu'il existe aucune indivision et aucun compte entre les époux. En revanche, il peut subsister des contrats entre eux, comme des prêts, des baux ou bien encore des contrats de société qui peuvent subsister après le divorce. Un projet de liquidation de régime matrimonial est présenté par le demandeur, mais qui sera succinct. En effet, il est peu probable que le notaire, éventuellement commis entre le jour de l'ordonnance de non conciliation et l'assignation, ait disposé du temps nécessaire pour dresser un projet liquidatif de leur régime matrimonial Par précaution, le législateur fait obligation aux époux de communiquer tous les renseignements concernant leur patrimoine et leurs revenus à l'expert désigné, ainsi qu'au notaire, afin d'atténuer les difficultés d'établissement de ce projet liquidatif.

ii.La possibilité d'un accord amiable

Les régimes matrimoniaux pouvant tous faire l'objet d'une liquidation anticipée, les époux peuvent à tout moment de l'instance passer toute convention concernant la liquidation et le partage de leur régime matrimonial[377], liquidation, qui lorsqu'elle porte sur des biens soumis à publicitaire foncière, doit être effectuée devant un notaire.

De plus, les époux peuvent élaborer à tout moment de la procédure un accord, lorsqu'ils s'entendent sur la prestation compensatoire, la résidence de l'enfant et la liquidation de leur régime matrimonial, pour cela le divorce contentieux se transforme en divorce par consentement mutuel, permettant alors l'établissement d'une convention qui sera homologuée par le juge aux affaires familiales, suivi du prononcé du divorce[378].

Le législateur a également prévu l'hypothèse dans laquelle les époux seraient d'accord sur les aspects extra-patrimoniaux seulement et souhaiteraient que le juge aux affaires familiales homologue un accord partiel[379]. Ici, le législateur a élargi le consensualisme afin de permettre aux parties d'établir des conventions partielles pouvant porter sur la résidence de l'enfant, le

[377] Article 265-2 C. civ
[378] Article 247 C. civ
[379] Article 268 C. civ

nom, la pension alimentaire ou bien encore la prestation compensatoire. Si cet accord ne concerne que le partage des biens, c'est l'article 265-2 du Code civil qui s'appliquera.

Enfin, il est possible que l'accord survienne après le divorce, c'est-à-dire que le partage ne sera pas couvert par l'autorité de la chose jugée, et pourra toujours être annulé pour lésion et critiqué pour vice du consentement.

De surcroit, le partage amiable peut intervenir suite au jugement de divorce dans le but d'intégrer le paiement d'une prestation compensatoire ou de dommages et intérêts fixés lors du jugement. Le cas le plus courant est lorsque le juge aux affaires familiales donne un droit sur un bien commun ou indivis à titre de prestation compensatoire, attribution qui a la possibilité de faire sortir le bien de l'indivision. La situation est différente, lorsque la prestation compensatoire est payable en argent, qui peut amener à une dation en paiement que le notaire doit envisager.

Dans le cadre des accords après divorce, le notaire qui intervient peut être celui d'une des parties, celui nommé en tant qu'expert, ou bien encore, celui commis. Dans toutes ces hypothèses, la mission du notaire est purement contractuelle. Quant à sa rémunération et à sa responsabilité, elles sont liées aux règles professionnelles qui le régissent, en raison du caractère contractuel et non plus judiciaire de sa mission.

2.La disparition du notaire commis :

La loi du 26 mai 2004 avait comme objectif d'accélérer les procédures de divorce, en insérant des délais précis dans le cadre des opérations de liquidation et de partages des intérêts patrimoniaux des époux. Ce système n'existe plus depuis la loi du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit et de simplification des procédures qui a modifié la procédure en la matière (a). Nonobstant l'appellation de ce texte, une circulaire uniquement diffusée sur l'intranet de la Direction des affaires civiles et du sceau, a du intervenir afin de clarifier la procédure à suivre en la matière (b).

a.Les modifications apportées par la loi du 12 mai 2009

Lors de l'élaboration de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, le législateur avait voulu mettre en place une accélération des procédures, dans laquelle figurait l'article 267-1 du Code civil qui encadrait dans le temps les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux après le prononcé du divorce, lorsque ces derniers n'avaient pu parvenir à l'élaboration d'une convention liquidative, homologuée par le juge aux affaires familiales au moment du divorce.

Ce texte laissait une grande marge de manœuvre aux époux afin de leur permettre de régler eux-mêmes les effets de leur divorce. Ainsi, lors de l'instance, ils avaient la possibilité de soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences de leur divorce, comme la question de la prestation compensatoire ou bien encore celle de la liquidation de leur régime matrimonial. Mais les articles 267 et 267-1, qui ont remplacé l'ancien article 264-1 prévoyaient qu' « à défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonnait la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux. » Ces opérations de liquidation qui jusqu'à la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 relevaient du tribunal de grande instance, puisque le juge aux affaires familiales était dessaisi après le divorce, pouvaient être assez longues en fonction des biens que possédaient les époux. Pour cela, le législateur avait mis en place des délais, lorsque les opérations de liquidation et de partage n'étaient pas achevées dans le délai d'un an après que le jugement de divorce fut passé en force de chose jugée, le notaire transmettait au tribunal un procès verbal de difficultés reprenant les déclarations respectives des parties. Dans ce cas, le tribunal pouvait accorder un délai supplémentaire de six mois à ces dernières, afin de leur permettre de liquider leur régime matrimonial. Dans l'hypothèse où, les opérations n'étaient toujours pas achevées à l'expiration de ce délai, le notaire devait en informer le tribunal de grande instance en produisant, s'il l'estimait nécessaire, un nouveau procès verbal. Le tribunal de grande instance avait l'obligation de statuer sur les contestations qui subsistaient entre les parties et devait les renvoyer devant le notaire afin qu'il établisse un état liquidatif définitif de leur patrimoine.

Depuis la loi du 12 mai 2009, cette compétence a été transférée au juge aux affaires familiales, et l'article 267-1 a été réécrit, qui précise désormais que « les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux se déroulent selon les règles fixées par le code de procédure civile. » Cette référence au Code de procédure civile annule définitivement toute la spécificité de la liquidation et du partage des intérêts des époux après divorce, puisqu'il n'existe aucun texte spécifique en la matière[380]. En outre, la loi du 23 juin 2006 relative à la réforme des successions, ainsi que son décret d'application en date du 23 décembre 2006, prévoient à l'article 1136-3 du Code de procédure civile que le partage des intérêts patrimoniaux des époux est soumis aux règles régissant le partage successoral, sous réserve des textes spéciaux constitués jusqu'alors par l'article 267-1 du Code civil. La nouvelle rédaction de ce texte, ainsi que son renvoi pur et simple aux dispositions du Code de procédure civile abroge la particularité du partage des intérêts patrimoniaux des époux. Dorénavant, seul le droit commun de la liquidation et du partage successoral qui ne prévoit aucun délai semblable à ceux prévus par l'ancien article 267-1 du Code civil sera applicable. Ainsi, l'encadrement dans le temps des opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux n'existe plus depuis la loi du 12 mai 2009.

b.Les précisions apportées par la circulaire n° CIV/10/10 du 16 juin 2010

Diffusée uniquement sur l'intranet de la Direction des affaires civiles et du sceau, la circulaire n° CIV/10/10 du 16 juin 2010 ayant pour objet la présentation de l'article 14 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 et du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009[381], affirme qu'à l'exception du divorce par consentement mutuel et du cas où les époux sont parvenus en cours d'instance à une convention liquidative que le juge homologue lors du prononcé du divorce, le juge aux affaires familiales en prononçant le divorce vide sa saisine, et ne peut désigner un notaire aux fins de procéder aux opérations de liquidation et de partage des

[380] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Infortune et regrets – (A propos de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures : suite…)* », Dr. famille n°12, Décembre 2009, étude 33 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Opérations de liquidation après divorce : précisions* », Dr. famille n°1, Janvier 2010, étude 3; J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Droit de la famille : chronique* », JCP n°28, 6 juillet 2009, 115

[381] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ? – (A propos de la circulaire du 16 juin 2010 (n° CIV/10/10) ayant pour objet la présentation de l'article 14 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 et du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009)* », Dr. famille n°1, Janvier 2011, étude 5

intérêts patrimoniaux des époux, ni commettre un juge[382]. En effet, la désignation d'un notaire et d'un juge commis relève de la section relative au partage judiciaire, ce dernier commençant par une assignation en partage. Le règlement du régime matrimonial dépend de la volonté des époux et il ne peut leur être imposé la désignation d'un notaire et d'un juge commis. Dans l'hypothèse où les tentatives amiables du juge du divorce ont échoué, l'article 1364 du Code de procédure civile précise qu'en effet, à propos du partage successoral, au titre des dispositions particulières, que lorsque la complexité des opérations le justifie, le tribunal de grande instance désigne un notaire afin de procéder aux opérations de partage et commet un juge pour veiller sur ces opérations.

Ainsi, le juge aux affaires familiales vide sa saisine en prononçant le divorce, et il ne peut être saisi du partage que par une assignation en partage distincte de l'assignation en divorce. D'ailleurs, la circulaire exclut que le procès verbal de difficultés puisse le saisir, même si ce procès verbal peut être versé aux débats et vise dans le bordereau de pièces annexé à l'assignation en partage, dans le but de constituer la preuve de la tentative de partage amiable, prévue à peine d'irrecevabilité par l'article 1360 du Code de procédure civile.

De plus, il faut éliminer la possibilité que l'assignation en divorce puisse contenir une demande en partage. Pour cela, la circulaire rappelle l'article 1115 du Code de procédure civile qui prévoit que la proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision et le cas échéant la répartition des biens et qu'elle ne constitue pas une prétention. Elle note que si le juge peut statuer sur les désaccords persistants, c'est du au projet liquidatif rédigé par le notaire désigné au début de la procédure de divorce, en vertu de l'article 255 10° du Code civil, qui démontre bien que le partage amiable a été un échec.

[382] M. DOUCHY-OUDOT, « *Panorama Famille-Personne-Succession : Contentieux familial* », Recueil Dalloz, 21 avril 2011 n°16, p.1107

Une nouvelle fois, il est surprenant que le législateur soit obligé d'édicter une circulaire afin de clarifier une loi. Cette succession de textes entraine un flou juridique dans lequel il est difficile de se repérer, leur articulation étant plus complexe qu'auparavant. Cette circulaire permet néanmoins, de distinguer plus précisément les deux compétences du juge aux affaires familiales, qu'il peut endosser du début du divorce jusqu'à son prononcé, et à la liquidation du régime matrimonial des époux.

Il est dommage qu'une circulaire ait été édictée pour clarifier cette loi du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit et de simplification des procédures, qui finalement ne les simplifie pas tant que ça, puisque d'autres textes sont promulgués, pour laisser place à un véritable jeu de pistes pour les professionnels du droit.

B.Sa mission d'expert judiciaire

Il est possible que le notaire décide de s'adjoindre un technicien, afin de l'aider à établir un projet de liquidation du régime matrimonial des époux[383]. Cette adjonction peut se faire soit avec l'accord des parties, soit avec l'accord du juge aux affaires familiales. Dans ce cas, le notaire désigné est assimilé à un expert judiciaire, qui dispose de pouvoirs pour exercer sa mission, comme celui de se faire communiquer par les parties, comme à tout autre expert et autres personnes désignées par le juge[384], ainsi qu'au juge sans oublier le principe du contradictoire que veut que les parties se transmettent entre elles, tous documents et renseignements utiles afin de fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial[385]. En outre, afin de l'aider dans sa mission, le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse leur être opposé[386]. Dans le cadre de l'article 255 10° du Code civil, le notaire expert peut élaborer un projet de formation des lots à partager. Cette éventualité ne peut avoir lieu que lorsqu'il existe un accord entre les parties sur la liquidation du régime matrimonial. Dans l'hypothèse où une discussion persiste soit sur

[383] S. DAVID, « *L'expertise judiciaire* », AJF 2009, p.430
[384] Article 255 9°et 10° C. civ
[385] Article 259-3 alinéa 1 C. civ
[386] Article 259-3 alinéa 2 C. civ

une question de reprise, soit sur le montant d'une récompense, ce projet de formation des lots ne peut avoir lieu. En effet, le règlement d'un régime matrimonial commence toujours par sa liquidation, en dressant le bilan de ce dernier, et en déterminant les biens repris en nature et les récompenses qui peuvent être dues. Ce n'est qu'après la réalisation de cette étape que la composition des lots peut être envisagée. Ce projet de lots à partager permet d'inciter les époux à trouver un accord sur la liquidation de leur régime matrimonial.

La désignation de ce notaire au titre de l'article 255 10° du Code civil a été clarifiée par le décret n°2006-1805 du 23 décembre 2006[387]. Cet officier ministériel est soumis à un certain nombre de dispositions du code civil prévues dans le domaine de l'expertise judiciaire qui implique notamment une exécution personnelle de la mission (Article 233 du Code de procédure civile), le respect des délais (Article 239 du Code de procédure civile), le respect des règles d'objectivité, de conscience et d'impartialité (Article 237 du Code de procédure civile), ainsi que le respect du principe du contradictoire (Article 242 du Code de procédure civile). Il n'est donc pas permis au notaire d'avoir un quelconque contact direct avec une des parties de l'affaire, sauf en cas de meilleur accord avec les avocats (Article 248 du Code de procédure civile). Ce même notaire ne peut non plus être le notaire qui a eu à connaitre directement ou indirectement au préalable de la situation des époux, comme ce serait le cas pour le notaire de famille, ou pour un notaire intervenu précédemment pour dresser un acte quelconque.

La Cour de cassation a récemment rappelé dans deux décisions visant l'article 4 du Code civil, que l'expert doit avoir une mission précise, fixée par le juge, sans que ce dernier délègue ses pouvoirs, au risque d'être accusé de déni de justice[388]. Ces règles sont communes et plus familières pour l'expert que le notaire, qui n'a pas l'habitude de l'impartialité.

En outre, avant d'être expert, le notaire est un officier ministériel[389], par conséquent, il peut rédiger son expertise sous la forme d'un acte authentique, qui donnera force probante à ses déclarations, par le biais d'un procès verbal. Il peut aussi dresser un inventaire de l'actif et du passif des biens communs, en respectant le formalisme de l'inventaire (Article 941 à 943 du Code de procédure civile) et recueillir le serment des parties

[387] C. LIENHARD, « *Procédures familiales et stratégies : Procès familial équitable, les relations de l'avocat avec les acteurs de l'aide à la décision* », AJF 2007, p.347

[388] Cass, Civ 1ère, 26 janvier 2011, n°09-72422, Cass, Civ 1ère, 26 octobre 2011, n°10-24214

[389] A. DEPONDT, « *Réflexion sur le rôle du notaire dans le nouveau divorce* », Defrénois n°23/06, p.1815

L'entrée du notaire dans le monde qui gravite autour du procès est une réelle nouveauté[390]. Le contradictoire, tout comme l'impartialité n'entrent pas dans sa culture, puisqu'il est soumis au secret. Et pourtant, il doit présenter ces garanties, comme lui rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 4 juillet 2006[391]. Le législateur l'intègre dans un univers qui n'est donc pas le sien, la logique du procès étant une découverte pour lui. Par la même, il tente de créer une justice composée de professionnels du droit ayant des déontologies et des règles d'exercice de leur profession différentes. Ses intentions sont bonnes, mais il oublie que les notaires et les avocats ne travaillent pas de façon si étroite en pratique, et qu'il existe des rivalités de marchés entre eux. En effet, il est possible qu'une des parties au conflit s'aperçoive que le notaire désigné s'est occupé d'une affaire dans laquelle son adversaire était partie, que des affinités se soient crées entre eux, ce qui justifie une récusation. Cet officier ministériel est une composante délicate à intégrer dans la procédure des conflits familiaux.

§ 2 L'avocat : un chercheur d'une solution acceptable pour chacune des parties

La réforme du divorce du 26 mai 2004 a doté l'avocat d'un nouveau rôle, celle de tenter de pacifier le divorce (A), rôle amplifié en matière de règlement amiable des conflits, par l'apparition de nouvelles procédures, issus du rapport Guinchard (B).

[390] Le droit belge s'est interrogé sur les éventuelles difficultés du rôle du notaire face au juge. Par principe, le notaire dépend de sa chambre. Lorsqu'il est commis par le juge, c'est ce même juge qui fixe ses obligations. Il ne peut donc pas se mettre en contradiction avec les usages de sa discipline. J.-L LEDOUX, « Nul ne peut servir deux maitres », Mélanges J. VAN COMPERNOLLE, édition BRUYLANT 2004, p.333 ; J. VAN COMPERNOLLE (dir.), J.-L LEDOUX, Le notaire, le juge et l'avocat, heurs et malheurs du notaire commis, édition BRUYLANT 1996

[391] Cass, Civ 1ère, 4 juillet 2006, RTD Civ 2006, p. 745, obs. HAUSER

A.La nouvelle mission de l'avocat issue de la loi du 26 mai 2004

Les débats de la réforme du divorce s'étaient portés sur la déjudiciarisation de ce dernier. Cette discussion a été close, laissant pour objectifs de rendre les procédures plus efficaces et moins conflictuelles, tout en réaffirmant l'attachement de la représentation nationale au divorce judiciaire. La mise en place de cette réforme a nécessité l'adoption de nouveaux comportements procéduraux, et notamment pour l'avocat qui a vu son statut modifié par la loi n°2004-130 du 11 Février 2004 relative à la réforme du statut de certaines professions judiciaires et juridiques[392]. Toutes les valeurs essentielles de cette profession comme la loyauté, la confraternité, la délicatesse, la modération, la courtoisie et les devoirs de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence doivent être mises en œuvre afin de garantir une pacification effective du divorce et une préservation des droits et des intérêts des époux, malgré une accélération certaine de la procédure[393].

Lors de la réforme du divorce de 2004, le législateur avait pour but d'apaiser au maximum les conflits familiaux. C'est ainsi, qu'il a modifié le rôle de l'avocat en lui confiant une mission de pacificateur des procédures de divorce (1), et ce, en adoptant des relations avec la partie adverse encadrées par son obligation de délicatesse (2). Il devient un chercheur d'accord (3), muni de moyens spécifiques afin d'accélérer la procédure de divorce (4).

1.Sa mission de pacificateur des procédures de divorce

La loi du 26 mai 2004 a pour but de pacifier les relations conjugales tout au long de la procédure de divorce en évinçant les points de désaccord et en invitant les époux à réfléchir intelligemment sur l'organisation de leur séparation. Pour ce faire, l'indication des motifs du divorce dans la requête est interdite, et permet d'encourager la conclusion d'accords à tout moment de la procédure et de dissocier les conséquences financières de l'attribution des torts. Il est donc du devoir des avocats de poursuivre l'effort du législateur dans l'exercice de leurs

[392] *La profession d'avocat après la loi du 11 février 2004*, Gaz. Pal, 7 et 8 juillet 2004, doctrine, p.2153
[393] D. PIWNICA, « *L'avocat face au divorce : quelle déontologie ?* », AJF 2004, p.344

obligations déontologiques, puisqu'ils sont les premiers artisans de la recherche d'accords entre les époux sur les conséquences de leur séparation.

2.Ses relations avec la partie adverse guidées par l'obligation de délicatesse

La délicatesse, entrainant la modération et la courtoisie, doit commander l'attitude de l'avocat à tous les stades de la procédure, et ce, dès ses prémices. Ainsi, lorsque les époux désirent un divorce par consentement mutuel et choisissent chacun leur conseil, le plus diligent a l'obligation de solliciter le nom de l'avocat du conjoint de son client par lettre simple, qui interviendra à ses côtés lors de la procédure amiable. Si l'impossibilité de parvenir à un accord entre les parties est certaine, le conseil du demandeur à l'action en divorce doit inviter la partie adverse à faire connaitre le nom de son avocat et lui indiquer qu'il reprendra sa liberté d'action à défaut de réponse dans le délai imparti.

Dans l'hypothèse des divorces contentieux, le tronc commun procédural mis en place par la loi du 26 mai 2004 prohibe la motivation de la requête initiale en divorce, à peine d'irrecevabilité, pour que l'audience de conciliation s'oriente, non sur l'éventualité d'une réconciliation, mais sur les modalités d'organisation de la vie des époux et de leurs enfants[394]. Si cette requête était motivée, elle engagerait la responsabilité professionnelle de son auteur, qui commet par la même, une faute déontologique en adoptant un comportement conflictuel hors de propos.

Cette modération, cette délicatesse et cette courtoisie s'imposent également à l'avocat dans la procédure de divorce pour altération définitive du lien conjugal, lors de la prise d'acte de la cessation de la vie commune. Afin d'éviter toute discussion sur la computation du délai de deux ans au terme duquel le conjoint peut être assigné en divorce pour altération définitive du lien conjugal, il est utile de prendre date en notifiant au conjoint la volonté de cessation de la vie commune. La lettre de rupture peut être rédigée soit par le conjoint, soit par son avocat, et peut aussi prendre la forme d'une lettre entre avocats.

[394] Article 251 C. civ

Durant la procédure, l'avocat doit adopter et s'inspirer de ces principes de courtoisie de loyauté et de confraternité avec ses confrères.

L'obligation de délicatesse de chaque avocat s'applique jusque dans la règlementation des modes de preuve en matière de procédure de divorce. L'article 259 alinéa 1 du Code civil précise que les faits invoqués comme causes du divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, même l'aveu. Ce principe est renforcé par l'article 205 du code de procédure civile qui énonce que les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux. Cette nouveauté de la loi du 26 mai 2004 modifie la rédaction de l'article 259-1 du Code civil, qui désormais interdit aux époux de « verser aux débats un élément de preuve qui aurait été obtenu par violence ou fraude. »

L'obligation de loyauté se retrouve aussi dans l'administration de la preuve et s'impose à l'avocat, ainsi qu'à son client. Il est de son devoir de conseil de refuser de produire aux débats des pièces que son client aurait obtenues dans des conditions douteuses. Son rôle consiste aussi à veiller à l'exactitude des déclarations sur l'honneur versées aux débats par ses clients[395], le manque de transparence pouvant engager sa responsabilité professionnelle.

3.Un chercheur d'accord entre les époux

La mission de l'avocat est tout autant élargie par la loi du 26 mai 2004, puisqu'elle le sollicite dans la recherche d'accord entre les époux, et ce, grâce à la médiation familiale. En effet, le juge peut dans le cadre des mesures provisoires prises pendant la tentative de conciliation proposer ou imposer aux époux une mesure de médiation[396]. En plus de sa désignation possible en tant que médiateur, l'avocat doit accompagner son client lors de la médiation familiale, le texte encourage la recherche d'accord entre les époux sur les conséquences de leur séparation dans le cadre des divorces contentieux[397].

[395] Article 272 C. civ
[396] Article 255 1° C. civ
[397] B. WEISS-GOUT, « *Le nouveau divorce : nouvelles stratégies, nouveau rôle de l'avocat* », AJF 2004, p.235

Concernant les pourparlers ceux-ci doivent se passer dans le respect de la confidentialité des correspondances entre avocats. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé qu'il résultait de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 que toutes les correspondances échangées entre avocats étaient couvertes par le secret professionnel, quand bien même elles seraient qualifiées d' « officielles » ou se substitueraient à un acte de procédure[398].

Depuis la loi du 11 février 2004, la rédaction de ce texte a changé : désormais, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ses dernières de celles portant la mention officielle, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel, et ce, en toutes matières, aussi bien dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense. Il faut souligner que les principes de loyauté et de probité interdisent à l'avocat de révéler un quelconque élément qu'il sait devoir rester secret. La lettre officielle ne doit pas servir à l'avocat à se constituer des preuves à lui-même dans le cadre des échanges confidentiels Enfin, la consultation établie par un autre avocat en matière de droit fiscal ou de droit des sociétés par exemple, ne pourra être versée au dossier qu'à la condition qu'elle porte la mention « officielle ».

Concernant la rédaction d'accord entre les époux, il faut rappeler que l'avocat, doit fournir une prestation correspondant à la situation des parties au litige pour tous les cas de divorce. Lors de l'élaboration de la convention l'avocat doit être vigilant et ne méconnaitre aucun des principes essentiels de sa profession. Par conséquent, s'il estime que son intervention risque de l'amener à devenir témoin d'une ou de plusieurs parties, ou qu'elle porte atteinte au secret professionnel ou au caractère confidentiel des pourparlers, il doit s'évincer de l'affaire[399].

[398] Cass, Civ 1ère, 4 février 2003, Bull. civ. I, n°33
[399] Article 7.4 RIU

4.Les moyens mis à disposition de l'avocat dans l'accélération des procédures de divorce

La loi du 26 mai 2004 confie également à l'avocat la mission de veiller à ce que l'accélération des procédures ne porte pas atteinte aux droits et aux intérêts des époux qu'il représente. Par ce faire, le législateur a développé les passerelles entre les procédures. Il appartient toujours à cet auxiliaire de justice de veiller à ce que l'intérêt des époux ne soit pas sacrifié au souci de rapidité : pour cela, ils doivent coopérer loyalement dès le début du contradictoire, et en cas de divorce par consentement mutuel, l'avocat commun des époux doit constamment garder à l'esprit d'éventuels risques de conflit d'intérêts.

Concernant la coopération loyale des parties lors du débat contradictoire, l'accélération des procédures ne peut avoir lieu et ne devient un avantage pour le justiciable que lorsqu'elle ne s'exerce pas aux dépens du principe du contradictoire qui doit s'appliquer de manière loyale.

La communication des pièces complète et volontaire est l'essence même de cette contradiction. Afin d'éviter les renvois dilatoires et obtenir un débat le plus paisible possible devant le juge aux affaires familiales, l'avocat doit s'interdire de communiquer ses pièces la veille ou le jour même de l'audience de conciliation. Il est donc de son devoir face à un client obstiné à conserver ses arguments, de lui faire comprendre que l'obligation de coopérer loyalement lors du débat contradictoire, à laquelle il lui est impossible de se soustraire, ne peut que servir ses intérêts.

En outre, la loi du 26 mai 2004 fait une dichotomie du règlement des conséquences pécuniaires du divorce de l'attribution des torts, concernant la prestation compensatoire, le report de la date des effets du divorce ou du sort des donations et avantages patrimoniaux. Ainsi, l'élaboration d'une stratégie par le biais d'attestations accusatrices dans le but de marquer les fautes du conjoint, pour obtenir une prestation compensatoire conséquente, ou éviter son paiement, est désormais complètement inutile.

Il est du devoir du juge aux affaires familiales de veiller à ce que la convention établissant les conséquences du divorce soit rédigée dans le respect des intérêts de chacun. Pour ce faire, l'avocat a pour première mission de parer à l'éventualité d'une convention déséquilibrée. Cet avocat unique choisi d'un commun accord permet aux époux de ne comparaitre qu'une seule fois devant le juge. Cependant, la faculté de pouvoir assurer la défense simultanée des époux trouve ses limites dans les règles déontologiques qui organisent les conflits d'intérêts, pour lesquels les avocats doivent rester prudents.

Dans le cadre de ces conflits d'intérêts, l'avocat ne peut être le conseil, le défenseur ou le représentant de plusieurs parties dans une même affaire lorsqu'il existe un conflit entre les intérêts ou, sauf accord des parties, si un risque sérieux d'un tel conflit peut apparaitre[400].

Concernant le divorce par consentement mutuel, le conflit d'intérêt apparait lorsque les époux peinent à s'entendre. Il est du rôle de l'avocat de s'éloigner et de refuser son concours à l'époux qui désire qu'il reste son unique conseil, à l'exception de l'accord de l'autre conjoint. A ce point précis, l'avocat qui succède à un confrère doit veiller à ce que son prédécesseur soit intégralement réglé du travail qu'il a effectué dans ce divorce.

L'éventualité d'un conflit d'intérêt est également possible quand les intérêts respectifs des époux s'opposent totalement. Dans ce cas, l'avocat commun doit prendre acte ce de que leur conciliation par un seul représentant est déontologiquement impossible, et qu'en les orientant à choisir chacun leur propre conseil, il leur sera plus facile d'être conseillés en toute objectivité sur les conséquences de leur divorce.

Cette loi du 26 mai 2004 reformant le divorce dote les avocats d'une mission complexe. En effet, guider les époux dans leur séparation, aménager leur vie future se fait en fonction de leurs compétences, mais aussi en fonction de leur éthique, qui exige, en droit de la famille, une distance permanente quant aux conflits touchant à la souffrance la plus intime de couples et de familles blessés par une séparation qui, dans la plupart des cas, leur est imposée. La compassion que l'avocat peut ressentir pour des situations interrogeant constamment sur le fondement de la famille, du sens du couple, du rôle des parents, ne doit pas l'amener à accepter un comportement malséant. Il est primordial que l'avocat de la famille garde à l'esprit que les anciens époux resteront toute leur vie des parents dotés de droits et de devoirs

[400] Article 155 du décret du 27 novembre 1991

vis-à-vis de leurs enfants, afin de les aider à devenir des citoyens honnêtes et responsables et des hommes libres ; c'est pour cela qui doit les aider activement dans l'organisation de leur vie future.

Ainsi, les principes d'indépendance, de conscience et d'humanité ne doivent pas être négligés par la profession, afin d'éviter que la procédure n'envenime le conflit. En outre, elle doit contribuer à l'organisation de la vie de la famille séparée, pour que chacun des membres qui la compose puisse reprendre son existence. Pour mener cette mission a bien, l'avocat est pourvu de la pratique judiciaire qui lui permet de déterminer les méfaits du conflit ainsi que son aléa. Ses règles déontologiques, son serment, sont une garantie pour tout citoyen éprouvant le besoin de son intervention. Sa compétence juridique dans le domaine personnel et patrimonial doit toujours être conjuguée avec l'expérience humaine.

Le texte est un peu trop angélique, quelques nuances doivent être apportées. En effet, la culture de l'avocat et une culture de combat, même si aujourd'hui, il est beaucoup plus amené à transiger. Son rôle est de conseiller son client, et s'il estime que la proposition qui lui est faite est insuffisante, il est de son devoir de lui dire qu'elle va à l'encontre de ses intérêts. Le but de l'avocat est de parvenir à un accord qui n'est pas forcément équilibré, où chaque partie sort avec le sentiment de ne pas avoir été complètement flouée. Son but est de défendre son client et d'agir au mieux dans la mission qui lui a été confiée.

B.Un conseil plus présent en matière de règlement amiable des conflits

Ces deux dernières années offrent un nouveau souffle à la profession d'avocat, désormais beaucoup plus présente dans les procédures de règlement amiable des conflits. Ainsi, elle s'est dotée de l'acte contresigné par avocat (1) et de la procédure participative de négociation assistée par avocat (2), qui peuvent être très utiles dans les procédures familiales.

1.L'acte contresigné par avocat

Depuis quelques temps, on parle beaucoup de contractualisation des rapports familiaux[401]. La profession d'avocat milite notamment pour l'instauration d'un acte certifié par l'avocat lui-même, entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique. Cet acte fût évoqué dans le projet de loi n° 2383 de modernisation des professions judiciaires et juridiques règlementées, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 mars 2010[402]. Cet acte contresigné par avocat offre de nombreuses ouvertures dans le domaine du droit de la famille et notamment dans les séparations. En effet, le projet de loi prévoit que les accords des époux soient formalisés de façon indiscutable avant une homologation judiciaire, sans préjudice de l'acte notarié s'il existe des biens soumis à la publicité foncière. Il en va de même pour les accords relatifs aux enfants, formulés et formalisés de manière plus simple. Cet acte sous seing privé contresigné par avocat dévoile une certaine modernité de la profession, surtout lorsqu'il comporte la signature de l'avocat de chacune des parties : dans ce cas, l'acte offrira la garantie d'un acte discuté, négocié et adopté contradictoirement. En outre, cet acte permet au juge d'être allégé dans son travail, puisque conseillées et assistées par leurs conseils, les parties sont à même de trouver la solution la plus adaptée à leur situation. Il va de soi que dans l'hypothèse où un avocat représente les deux parties, cet avocat devra rester neutre et ne favoriser en aucun cas, l'une ou l'autre des parties.

C'est désormais chose faite, puisque cet acte contresigné par avocat a fait l'objet de la loi n°2011-331 du 28 mars 2011 relative à la modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées[403].

Même s'il n'est pas une spécificité du droit de la famille, il trouvera tout son intérêt en la matière, et évitera aux parties choisissant l'option de cet acte, de se retrouver devant le juge. Mais dans quelles circonstances peut –il intervenir ?[404]

[401] T. WICKERS, « *Le droit de la famille sera un des champs d'application principaux de l'acte d'avocat* », JCP n°3, 18 janvier 2010, 47

[402] J. CASEY, « *L'acte contresigné par avocat : à venir ou sans avenir ?* », Gaz. Pal, vendredi 21, samedi 22 mai 2010, p.6

[403] B. WEISS-GOUT, *Entretien*, Revue Juridique Personne et Famille n°4, avril 2011, p.6

[404] C. LIENHARD, « *Les matières du droit de la famille concernées par l'acte d'avocat* », AJF Juin 2011, p.291

Il pourra être antérieur à l'union du couple, permettant sa formation ou son aménagement conformément au souhait des partenaires. Cette convention antérieure à l'union du couple aura l'avantage de s'articuler avec des conventions parentales lorsqu'il existe des enfants, ou que les parents cohabitent ou non. Ainsi, il trouvera aisément sa place dans le cadre de convention de fiançailles, de contrat de concubinage, ou bien encore dans l'hypothèse d'un pacte civil de solidarité.

Lors de la vie commune d'un couple, l'acte contresigné par avocat peut revêtir une certaine utilité, lorsque les partenaires désirent modifier leur union patrimoniale ou extrapatrimoniale, ou lors de difficultés et de crise, sans pour autant rompre. Dans ces deux situations, la vie familiale peut être remaniée et faire l'objet d'une contractualisation. Un acte ayant pour but de résoudre les conséquences de décisions à caractère personnel au sein du couple pourra être élaboré, tout comme celui ayant des effets économiques, dans le cas d'une cessation d'activité professionnelle, ou d'une réorientation. Il pourra aussi intervenir dans le cadre de décisions de stratégies de cautionnement bancaire. Si la famille se porte bien, cet acte aura pour mission de sécuriser les nouvelles orientations prises, et si elle traverse une situation de crise, il organisera des solutions d'apaisement, qui n'aboutiront pas à la rupture du couple.

En cas de rupture de ce dernier, cet acte trouvera à nouveau utilité puisqu'il offrira au couple la possibilité de pouvoir organiser le temps de la famille avant toute procédure, dans cette rupture temporaire, voire définitive, et lui permettra de murir sa décision. En matière d'autorité parentale, l'acte contresigné par avocat peut trouver sa place, surtout lorsque les parties souhaiteront ne pas rencontrer le juge. Elles devront faire preuve d'une bonne entente et d'une grande intelligence afin d'élaborer un acte ne lésant aucune d'entre elles, l'avocat pouvant alors refuser de le signer, sa responsabilité pouvant être engagée. Cet acte sera d'autant plus intéressant dans l'hypothèse de rupture de concubinage ou de PACS.

Enfin, l'acte contresigné par avocat sera un avantage dans l'organisation de la vie avec les tiers, et notamment dans l'hypothèse de la place du tiers dans les liens avec la famille originelle, et s'intégrera dans les problèmes de relations avec le beau-parent ou les grands-parents, voire les deux.

Cependant, cet acte laisse subsister certaines méfiances, notamment quant à son utilité vis-à-vis de l'acte sous seing privé ordinaire. A cette interrogation, Félix Rome répond que dans l'hypothèse où l'acte contresigné par avocat n'accroit pas la force probante d'un acte sous

seing privé ordinaire sur son contenu ou sur sa date, qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire entre les parties, il l'amplifie quant à son origine puisque la partie à laquelle il est opposé ne peut plus se contenter de réfuter son écriture ou sa signature pour la contester. En outre, il s'agit d'un contrat qui peut toujours être contesté sur sa validité, en distinguant entre acte instrumentaire et acte juridique[405].

S'agissant de sa force probante[406], le nouvel article 66-3-2 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 dispose que l'acte contresigné par les avocats des parties ou l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci. Les parties ne pourront contester avoir signé un document contresigné qu'au moyen de la procédure de faux, prévue aux articles 299 à 302 du Code de procédure civile, et est instruite dans les mêmes conditions que la procédure de vérification d'écriture. Dans l'hypothèse où le faux est avéré, l'acte est nul.

Pour la pratique[407], l'acte d'avocat est une suite logique du Code civil et offre l'opportunité à l'avocat de devenir le témoin actif de la formation de la loi entre les parties dans le but de mieux les protéger. Dans ce sens, il aura l'obligation de vérifier que les quatre conditions nécessaires à la validité du contrat prévues à l'article 1108 du Code civil sont respectées lors de la rédaction, aussi bien pour le contrat de bienfaisance à titre gratuit de l'article 1105 du Code civil, que pour le contrat à titre onéreux de l'article 1106 du même code. L'avocat qui apposera sa signature devra contrôler l'identité et la capacité des parties, et il examinera l'efficacité juridique de cet acte[408]. Sa mission est d'éclaircir complètement les parties sur la portée de leurs signatures et des engagements juridiques qu'ils prennent. Ainsi, il doit s'assurer du consentement éclairé des parties qui sera donné.

[405] F. ROME, « *L'acte sous seing privé nouveau est arrivé : so what ?* », Edito, D, 7 avril 2011, p.

[406] H. LETELLIER, « L'acte d'avocat en bref…et en trois points », AJF Juin 2011, p.288 ; P. MICHAUD, « *Acte d'avocat : l'acte de la liberté contractuelle sera-t-il une révolution ?!* », Gaz. Pal, dimanche 27 au mardi 29 mars 2011, p.11

[407] ibid

[408] M. BENICHOU, « *Sécurité juridique et acte contresigné par Avocat* », Avocat et droit, mars, mai 2011, p.40

La nécessité d'un acte nouveau est importante pour que les actes que rédigent les avocats sortent de l'anonymat. Pour la profession, c'est une victoire et un enjeu politique, car les pouvoirs publics admettent le rôle de l'avocat dans les échanges juridiques. Cet acte contresigné par avocat offre à la profession un outil identitaire reconnaissant sa compétence en matière de rédaction d'acte. Cette nouvelle technique s'inscrit dans une redéfinition de la place des professionnels juridiques. Il faut noter que le notariat s'est vivement opposé à cet acte par crainte de perdre le monopole des actes authentiques.

2.La procédure participative de négociation assistée par avocat

Cette procédure est doté d'un objectif précis (a), mais présente certains dangers dans la convention qu'elle établie (b).

a.L'objectif de ce nouveau mode de règlement amiable des conflits familiaux

L'avocat vient de prendre une toute autre place en matière de droit collaboratif[409], puisque la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, dite Loi Béteille, consacre la création d'un nouveau mode de règlement amiable des conflits par la procédure participative de négociation assistée par avocats, préconisé par le rapport Guinchard, dans sa proposition n°47[410]. Issue du modèle nord américain, et plus particulièrement du Québec, le législateur ne s'en n'est pourtant pas inspiré par créer ce nouveau règlement amiable des conflits.

Ce texte reprend l'ensemble des préconisations du rapport Guinchard dans les nouveaux articles 2062 à 2068 du Code civil, qui entrent en vigueur dans les conditions fixées par décret modifiant le Code de procédure civile nécessaire à leur application, et au plus tard le 1er septembre 2011.

[409] M. DOUCHY-OUDOT, « *Convention de procédure participative* », Procédures n°3, mars 2011, comm. 99 ; T. WICKERS, « *Allocution de bienvenue des 7ème états généraux du droit de la famille* », Gaz. Pal, vendredi 25, samedi 26 mars 2011, p.5

[410] E. MULON, « *Etat des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale* », Gaz. Pal, vendredi 4, samedi 5 février 2011, p.8

Cette convention de procédure participative se caractérise comme « une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engage à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable d'un différend ». Elle est conclue pour une durée déterminée et doit, à peine de nullité, être contenue dans un écrit qui précise son terme, l'objet du différend, les pièces et les informations nécessaires à la résolution du conflit, ainsi que les diverses modalités de cet échange. L'existence d'un écrit permet de garantir les droits de chacune des parties et de prouver l'existence de cette convention. Pourtant le rapport Guinchard précise que « la capacité de la procédure à répondre aux besoins particuliers des parties est assurée par le fait que l'objet, les modalités et les éléments déterminant la solution sont inscrits dans la convention de participation. Les parties y déterminent nécessairement les questions qu'implique la résolution du litige, les éléments d'information nécessaires à l'élaboration des solutions et les modalités de leur échange. » Le législateur a souhaité faire de ces mentions des formalités substantielles, destinées à garantir les droits des parties.

Pour le professeur Natalie Fricero, l'idée de privilégier les solutions amiables correspond à une nouvelle conception de la production normative. L'individu est placé au cœur du droit, le consensus remplace l'autorité, la discussion et le dialogue légitiment les normes juridiques : les citoyens considèrent que le droit ne peut plus être imposé par l'autorité publique, et les justiciables préfèrent participer à l'issue de leurs conflits plutôt que d'exécuter une décision imposée par un tribunal, issue du rituel judiciaire[411].

Ainsi, cette convention peut être formée par toute personne assistée d'un avocat, sur les droits dont elle a la libre disposition[412]. Cependant, il faut remarquer une limite, puisque le nouvel article 2067 du Code civil dispose qu'une telle convention « peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps. » Ici, ce texte ne fait référence qu'à la qualité d'époux, ce qui laisse supposer que de tels accords ne peuvent avoir lieu pour des parties qui ne sont pas mariés[413]. Les accords relatifs à l'autorité parentale sont donc à exclure du champ d'application de ces dispositions,

[411] N. FRICERO, « *Qui a peur de la procédure participative, Pour une justice, autrement…* », Mél. Guinchard, Dalloz, 2010, p.145 s.

[412] Nouvel article 2064 C. civ, qui par la loi du 22 décembre 2010 insère un alinéa à l'article 4 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 prohibant à toute personne qui n'est pas avocat d'assister une partie dans une procédure participative. En outre, l'alinéa 2 de cet article 2064 exclut expressément les différends relatifs à un contrat de travail qui restent soumis aux dispositions du code de travail.

[413] C. BOILLOT, « *La convention de procédure participative* », Profession Avocat Le Magazine n°20, Mars-Avril 2011, p.31

hors les procédures de divorce et de séparation de corps. Cette interprétation ne correspond pas à l'esprit de la modification intervenue lors de la proposition de loi adoptée en première lecture par le Sénat le 1er février 2009 et celle adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 30 juin 2010, reprise à l'identique par le Sénat en deuxième lecture le 8 décembre 2010. C'est dans les mêmes termes que la loi du 22 décembre 2010 a été adoptée par les deux assemblées. En effet, la proposition de loi votée en première lecture par le Sénat excluait du champ d'application de la convention de procédure participative, à l'article 2064, les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes. Un amendement a d'ailleurs été présenté par le rapporteur Yves Nicolin dans lequel il développe les avantages pour les parties décidant d'avoir recours à une telle procédure en matière de droit de la famille, notamment dans le cadre du divorce, le législateur cherchant depuis la loi du 26 mai 2004 à pacifier la rupture du mariage. Pour ce faire, il a doté le juge aux affaires familiales de pouvoir enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial au stade des mesures provisoires. Cette volonté de rechercher de plus en plus des moyens et des solutions permettant de divorcer les époux amiablement s'est amplifiée ces dernières années, y compris en ayant recours au droit collaboratif nord américain dont la procédure participative s'inspire.

Ce mode de règlement amiable des conflits peut s'appliquer à toutes les procédures familiales dans lesquelles les parties ont la possibilité de recourir à la médiation, comme les actions liées à l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, à moins de consacrer une inégalité entre les couples mariés et les couples non mariés, qui s'avèrerait être une atteinte grave à des principes fondamentaux, la convention de procédure participative est un outil précieux en matière de procédures familiales, du moment que les accords trouvés ne sont pas contraires à l'ordre public, les limites étant les mêmes que dans le domaine de la conciliation et de la médiation.

La convention de procédure participative conclue dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation de corps doit répondre à certaines règles. Le nouvel article 2067 dans son alinéa 2 du Code civil écarte de cette discipline l'article 2066 et précise que la demande en divorce ou en séparation de corps est fermée et jugée selon les règles prévues en la matière. Par conséquent, les époux ayant bénéficié de la procédure participative ne pourront pas être dispensés de la tentative de conciliation, et ont la possibilité de soumettre leur accord à l'homologation du juge[414]. Si l'on admet que la procédure participative peut s'appliquer plus

[414] Article 2066 C. civ

largement aux procédures liées à l'exercice de l'autorité parentale, une interrogation se pose quant au texte applicable entre l'article 2066 et 2067 alinéa 2 du Code civil. En effet, le décret du 12 novembre 2010 prévoit la pratique de la double convention : devra-t-elle s'appliquer lorsque les parents auront conclu une convention de procédure participative ? Le suspens demeure.

Quant au nouvel article 2065 du même code, il rend irrecevable tout recours au juge tant que la convention est en cours, précisant que l'inexécution de cette convention par l'une des parties autorise l'autre à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige. En cas d'urgence, il leur est possible de saisir le juge pour que celui-ci fixe les mesures provisoires ou conservatoires. Mais cette disposition peut-elle s'appliquer à la requête en divorce qui peut être déposée et donner lieu à la fixation des mesures provisoires par l'ordonnance de non conciliation, lorsqu'une urgence se fait sentir ?

Le législateur a également pensé à l'article 2238 alinéas 1 et 2 du Code civil, pour la suspension de la prescription à compter de la conclusion de la convention de procédure participative, puisque le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois[415].

b.Les dangers de cette convention

Le droit collaboratif a donné naissance à la procédure participative, inséré dans le Code civil dans un nouveau titre XVII intitulé « De la convention de procédure participative », qui malgré tout s'en distingue par certaines caractéristiques. En effet, les avocats impliqués dans ce processus ont l'obligation de se déporter quand il n'aboutit pas, par précaution déontologique, surtout en cas de violation de la charte collaborative par l'une ou l'autre des parties ou de saisine du juge aux affaires familiales par l'une d'elles. Une clause de confidentialité est également présente dans cette convention, stipulant que les parties s'engagent à ne pas utiliser des éléments d'information échangés. Ces différences sont à relever puisque la volonté de trouver un accord, et le processus de négociation en lui-même,

[415] E. BONNET, « *La convention de procédure participative* », Procédures n°3, Mars 2011, alerte 11

ne peuvent être influencés que par le maintien ou non de l'avocat dans une procédure ultérieure. De surcroit, les deux modes de résolution demandent que les parties et leurs conseils, respectent loyauté et transparence. Mais dans l'hypothèse de la procédure participative, où les pièces apportées sont susceptibles d'être produites aux débats en cas de désaccord, accompagnées de leurs explications utilisées par l'adversaire, il est fort probable que les parties soient plus réticentes à se montrer totalement transparentes. Le droit collaboratif va permettre aux parties de rechercher la solution la plus équitable, même si elle ne correspond pas forcément à une application rigoureuse de la règle de droit. Il est alors possible de craindre que ces parties recherchent un accord en fonction des risques qu'elles courent en termes de résultat judiciaire.

Enfin, il semble qu'obliger les avocats à se désengager en cas d'échec du processus amiable ne fait pas partie de la culture française, étant donné que le cout lié au changement d'avocat parait rédhibitoire. Sur ce point, le maintien du même avocat tout au long de la procédure participative, voire contentieuse, a justifié que soit évincé l'amendement visant à ouvrir plus largement l'assistance des parties aux officiers ministériels

La mise en place de ce nouveau règlement amiable des conflits familiaux laisse un peu perplexe, et semble ne pas avoir de grandes différences avec les procédés déjà existants en la matière. Cependant, il est important de souligner que la conclusion d'une convention participative permet de suspendre la prescription, et offre, dans certaines hypothèses, un accès plus rapide au juge, sans conciliation ou médiation obligatoires préalables, sans oublier que les parties peuvent bénéficier de l'aide juridictionnelle durant tout le processus.

Toujours est-il que cette procédure participative ne raccourcit aucun délai. De plus, la possibilité pour les parties et leurs conseils de produire les pièces communiquées dans l'application de ce procédé constitue un inconvénient majeur qui n'existe pas lorsque les parties négocient comme elles le font actuellement puisque les échanges entre les avocats sont couverts par la confidentialité.

Cette procédure participative de négociation par avocat, même si elle semble être dotée d'une application beaucoup plus large que ne le prévoit le texte, risque de ne pas obtenir la place espérée en matière de procédures familiales, étant donné les inconvénients qui apparaissent.

§3. La collaboration du notaire et de l'avocat dans la procédure de divorce

Jusqu'en 1975, le divorce en droit français ne pouvait avoir lieu que dans des cas déterminés par la loi. Pour cela, le rôle des intervenants en la matière était clairement défini : ainsi, pour prononcer le divorce, le juge devait préciser si les faits qui lui étaient exposés, rentraient dans l'un des cas de divorce prévu par les textes ; dans le cas contraire, le divorce était refusé. Devant le juge, seul l'avocat pouvait intervenir, ce dernier représentant son client dont il avait la défense. Pour cela, il devait prouver que les circonstances justifiaient ou non la rupture du mariage. Le notaire, lui, était totalement exclu de la procédure, la volonté n'ayant aucun pouvoir à cette période. Il ne connaissait du divorce que l'après-rupture, puisqu'il intervenait uniquement pour régler le régime matrimonial.

La loi du 11 juillet 1975 institue la volonté, qui désormais, a un pouvoir sur le divorce et ses conséquences : le rôle des intervenants en matière de conflits familiaux est alors remis en question. Le juge dans le divorce sur requête conjointe ne s'attarde plus sur les causes de la séparation qui deviennent secrètes et doit uniquement s'assurer que la volonté des parties est libre et éclairée, et que les solutions proposées par les époux ne sont pas contraires à l'intérêt de l'un des conjoints ou des enfants. Le juge aux affaires matrimoniales ne tranche pas, et ne fait qu'analyser la situation. L'avocat, quant à lui, dont le rôle est toujours celui de défendre les intérêts de son client, va devoir prendre en considération les intérêts des autres parties en cause dans le conflit familial à traiter, et rechercher avec son adversaire une solution équitable et acceptée par les deux époux., et ce en poursuivant l'objectif qu'une solution librement acceptée est une solution mieux supportée par les intéressés qu'une solution imposée, car elle donne lieu à moins de conflits postérieurs postérieurement à la rupture. Le notaire, jusqu'alors évincé de la procédure de divorce, apparait avant la rupture du lien conjugal, tout d'abord dans le cadre de la requête conjointe lorsqu'il existe des biens soumis à publicité foncière, puis pour recevoir en cours d'instance toute convention pour la liquidation et le partage de la communauté[416], et enfin lorsque le juge le désigne pour établir un projet de liquidation du régime matrimonial et des prestations après divorce[417]. Les liquidations en cours d'instance,

[416] Ancien article 1450 C. civ

[417] Ancien article 1116 CPC : « *le juge aux affaires familiales peut, même d'office, charger un notaire ou un professionnel qualifié d'établir un projet de règlement des prestations et pensions après divorce. Il peut aussi donner mission à un notaire de dresser un projet de liquidation du régime matrimonial*. »

tout comme la désignation du notaire en cours de procédure par le juge n'ont eu qu'un développement limité mais efficace lorsqu'elles ont été effectuées par des professionnels compétents.

La loi du 26 mai 2004 cherche, quant à elle, à développer toutes ces pratiques, ce qui demande la mise en place d'une relation particulière entre l'avocat et le notaire. Ces pratiques ne doivent en aucun cas agir en opposition ou en parallèle, et tout au contraire, établir une relation étroite dans l'intérêt du justiciable. Cette relation entre l'avocat et le notaire doit s'établir non seulement pour la rechercher d'accord entre les époux, mais également en cas d'opposition entre eux. En outre, lorsqu'il existe des biens soumis à publicité foncière, cette relation doit nécessairement apparaitre, puisque l'intervention du notaire en la matière est obligatoire.

Ces derniers doivent établir des relations lors de l'élaboration d'un accord entre les époux (A), mais aussi en cas d'absence d'accord entre les parties (B).

A.Les relations entre l'avocat et le notaire lors de l'élaboration d'un accord entre les époux

Dans l'hypothèse d'un accord entre les époux, le règlement de leur régime matrimonial peut être total ou partiel. Comme analysé précédemment, il est total en cas de divorce par consentement mutuel[418]. En théorie, il peut aussi l'être, hors cadre d'un divorce par consentement mutuel, lorsque les époux s'entendent que sur la répartition des biens et non l'extrapatrimonial. En pratique, leur accord est total ou ne l'est pas.

En cas de requête conjointe, la loi du 11 juillet 1975 permettait aux avocats spécialisés en la matière de contacter le notaire avant la requête initiale dans le but de présenter au juge, dès la première rencontre, un projet de liquidation du régime matrimonial Cela permettait aux parties de disposer d'un certain temps pour réfléchir sur le règlement de leurs intérêts

[418] A. DEPONDT, « *Réflexions sur le rôle du notaire dans le nouveau divorce* », Defrénois 2006, p. 1815

économiques et donnait lieu au magistrat dès le début de la procédure, de procéder aux remarques qu'il jugeait utiles sur l'aspect patrimonial de la séparation. Enfin, l'organisation des prestations compensatoires pouvait être mise en place, et ce, à ce stade de la procédure.

La loi du 26 mai 2004 institue le principe du passage unique devant le juge aux affaires familiales. Il faut alors songer à la relation avocat-notaire pour que les solutions notables qui ont été dégagées sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975 soient maintenues. Les premières réflexions amènent à penser qu'un avocat doit avoir un notaire correspondant qui doit posséder une certaine connaissances des règles de procédure et qui, lorsque les parties ne possèdent pas de propre notaire, peut être chargé du règlement du régime matrimonial. Ce notaire correspondant doit être saisi le plus rapidement possible par les époux, afin qu'il établisse un projet de règlement du régime matrimonial. Ce projet est ensuite soumis aux parties bien avant la signature de l'acte authentique. Un délai est imposé pour permettre une réelle réflexion concernant l'élaboration de la meilleure solution qui soit pour le couple.

La collaboration de ces deux auxiliaires de justice se retrouve également lorsque des conventions pour la liquidation totale ou partielle du régime matrimonial sont effectuées en cours d'instance. Il est possible que des époux ne parviennent pas à s'entendre sur tous les aspects de leur séparation, et qu'un règlement de la leur régime matrimonial total ou partiel soit envisageable, tout en restant en désaccord sur certains points, comme une demande de dommages et intérêts ou l'usage du nom du conjoint. Un accord sur la liquidation du régime matrimonial peut donc aboutir, nécessitant l'intervention de l'avocat aux côtés du notaire lors de l'homologation de l'état liquidatif par le juge aux affaires familiales.

B.Les relations entre l'avocat et le notaire en l'absence d'accord entre les époux.

Lorsque les époux sont en total désaccord sur leur séparation, l'avocat et le notaire tiennent des rôles importants, qui leur permettent d'intervenir dans deux hypothèses : lors de la demande introductive d'instance, et lorsque le notaire a été désigné par le juge sur le fondement de l'article 255, 10° du Code civil[419].

S'agissant de la demande introductive d'instance, quand un accord global sur le divorce ne peut aboutir, le divorce par consentement mutuel ne peut pas être appliqué. L'époux désirant la séparation est dans l'obligation de joindre à sa demande introductive d'instance une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux, et ce, à peine d'irrecevabilité[420].

Les obligations découlant de ces textes sont importantes. Dans le cadre d'une recherche d'accord, il est essentiel que l'époux défendeur réponde à la situation économique que son conjoint demandeur a présentée, soit pour l'accepter, soit pour la débattre, et ce, en laissant un consentement libre et éclairé s'exprimé. La mission du notaire est d'élaborer un projet d'état liquidatif du régime matrimonial mais aussi de leur patrimoine : ainsi, sous un régime de communauté, un descriptif des biens qui ne sont pas tombés dans la communauté doit être rédigé, et sous un régime de séparation de biens, un descriptif des biens étant la propriété exclusive de l'époux. Ce projet liquidatif du régime matrimonial est primordial car il permet au juge aux affaires familiales de pouvoir déceler quel bien propre doit faire l'objet d'une récompense de la communauté lorsqu'il a servi à enrichir la communauté, de manière à évincer des données économiques cachées ou totalement fausses. En conséquence, l'époux demandeur doit présenter un état liquidatif de son régime matrimonial tel qu'il l'imagine, en précisant la manière dont il envisage le partage ou l'indivision de tel bien.

[419] M.-E BRETON, P -J CLAUX, « *Notaire-avocat : une synergie nécessaire* », AJF 2005, p.5
[420] Article 257-2 C. civ

Ce projet d'état liquidatif doit être accompagné d'une proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux dans laquelle il doit être mentionné la demande ou l'offre d'une prestation compensatoire, la demande éventuelle de dommages et intérêts, ainsi que la situation des époux du point de vue du droit social quand les parties se séparent.

En résumé, cette demande introductive d'instance doit présenter une situation économique globale qui doit être proposée par le demandeur. Ce travail rigoureux pèse sur les professionnels du droit, qui doivent amener leur client à comprendre que lorsqu'une des parties reconnait l'existence d'une récompense, cela explique qu'elle en admet définitivement le principe même si le montant peut par la suite être discuté.

La rédaction de ce projet d'état liquidatif du régime matrimonial peut sérieusement engager la responsabilité de ceux qui ont conseillé les époux en question. Ainsi, il est indispensable en cas de biens soumis à la publicité foncière, que ce projet soit établi par le notaire en total accord avec l'avocat, car c'est par leur travail commun qu'un accord peut voir le jour avec la partie adverse.

Dans le cadre des mesures provisoires, le juge peut désigner un notaire aux fins d'établir un projet liquidatif du régime matrimonial[421]. Doté des informations nécessaires et à la demande de l'un ou de l'autre époux, le juge aux affaires familiales peut statuer sur les désaccords persistants entre eux[422].

Dans ce cas précis, l'avocat détient un rôle capital car ce projet d'état liquidatif du régime matrimonial doit mentionner tous les points d'accord et de désaccord des parties. Aucun souci concernant les points d'accord, en revanche, les points de désaccord doivent expliquer la thèse de chacun d'eux appuyé des éléments qu'il revendique. Ces arguments doivent être clairs et précis, afin de faciliter la compréhension du juge, amené à se prononcer sur ces derniers.

En conclusion, pour qu'un projet d'état liquidatif soit efficace, la collaboration entre l'avocat devant connaitre les règles liquidatives, et le notaire désigné, sauf si l'avocat se fait assister par son notaire correspondant devant le notaire désigné, est incontournable.

[421] Article 255 10° C. civ
[422] Article 267 alinéa 4 C. civ

Les auxiliaires de justice précédemment évoqués ne sont pas les seuls à pouvoir intervenir dans les conflits familiaux. Le juge aux affaires familiales peut faire appel à des acteurs spécialisés en raison de leur position dans le litige.

SECTION 2 : L'insertion d'acteurs spécialisés.

Dans le cadre des procédures familiales qui concernent un mineur, la place de l'enfant est très encadrée (§1), et accompagnée d'un avocat lors de son audition (§2). Le juge aux affaires familiales peut également faire appel à des acteurs particuliers afin de l'aider dans la décision qu'il doit rendre (§3).

§1 L'encadrement de la place de l'enfant lors des procédures familiales

Première personne concernée par les conséquences de la séparation de ses parents, l'enfant est un acteur particulier, puisqu'il n'est ni tiers, ni partie dans le conflit de ces derniers[423]. Pourtant, sa place dans les procédures familiales est profondément liée à sa capacité ou son incapacité à agir. Sa parole a pris beaucoup plus d'ampleur ses dernières années dans la sphère juridique[424], depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990 en droit français. La ratification de ce texte par la France a donné naissance à un véritable droit à être entendu de l'enfant dans toute procédure le concernant, grâce à l'article 388-1 du Code civil.

[423] C. MARCHAL, L. MICALLEF-NAPOLY, "*La place de l'enfant dans les procédures familiales.* », AJF 2009, p.472

[424] A. GOUTTENOIRE, « *L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir* », AJF 2003, p.368

L'enfant est une partie représentée dans l'ensemble des domaines du droit de la famille (A), et peut même être une partie entendue dans l'ensemble des procédures qui le concernent (B). Plusieurs juges peuvent s'occuper de lui (C), dont un en particulier devant lequel il une partie entière (D)

A.Une partie représentée dans l'ensemble des domaines du droit de la famille

Il existe certaines procédures pour lesquelles l'enfant, bien que partie, est représenté soit par le ou les détenteurs de l'autorité parentale (1), soit par un administrateur ad hoc (2).Malgré le fait qu'il soit constamment représenté dans les procédures le concernant, il en existe certaines qui nécessitent son consentement (3).

1.L'enfant partie, représenté par un administrateur légal

Du fait de son incapacité, le mineur doit être représenté dans certaines procédures par son administrateur légal. Par principe, les parents sont les administrateurs légaux de leurs enfants, et à défaut de père ou mère, un tuteur est désigné pour exercer ce rôle. C'est le cas dans les procédures en matière de filiation, de subsides ou encore dans les matières où les intérêts patrimoniaux du mineur sont en jeu[425].

S'agissant de la filiation, l'enfant est titulaire de l'action, mais il se trouve dans l'incapacité d'agir, du fait de sa minorité. Comme chacun de ses parents, l'enfant a la possibilité de demander au juge que lui soit délivré un acte de notoriété faisant foi de sa possession d'état[426]. Les actions en recherche de maternité ou de paternité n'appartiennent qu'à l'enfant[427] Cependant seul celui des deux parents à l'égard duquel la filiation est établie a

[425] J. MASSIP, « *Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice-(Observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application)* », Dr. famille n°9, Septembre 2010, étude 22

[426] Article 317 C. civ

[427] Article 325 alinéa 2 C. civ concernant la recherche de maternité, et article 327 du même code pour la recherche de paternité.

qualité pour engager l'action en recherche au nom de l'enfant[428]. Si aucun des parents n'est en mesure de le faire, pour cause d'incapacité ou de décès, l'action est alors engagée par son tuteur après autorisation du conseil de famille.

Pour les actions en contestations de maternité ou de paternité, lorsque la possession d'état est conforme au titre, l'enfant a le droit d'agir en contestation de maternité ou de paternité, au même titre que ses père et mère ou celui qui se prétend le véritable parent[429]. Dans le cas où l'un des deux parents, autre que celui qui se prétend être le parent véritable, revendique sa paternité ou sa maternité, l'action est alors dirigée contre l'enfant représenté par son administrateur ad hoc désigné par le juge des tutelles[430], l'autre parent étant présent aux débats. Lorsque c'est celui qui revendique être le parent véritable qui engage l'action, celle-ci est aussi dirigée contre l'enfant, représenté par ses parents.

Concernant les actions relatives aux intérêts patrimoniaux de l'enfant, elles doivent être exercées par l'administrateur légal qui le représente dans toutes les procédures civiles qui le concernent, qu'il soit en demande ou en défense.

Il en va de même lorsqu'il s'agit de demander réparation à la suite de dommages qui lui ont été causés par un crime ou un délit. Seuls les administrateurs légaux, donc ses parents, peuvent se constituer partie civile devant les diverses instances pénales ou engager un procès au civil contre l'auteur des dommages si, pour une quelconque raison, ils ne l'ont pas fait au pénal.

Il est aussi important de rappeler que l'enfant peut demander à être entendu s'il le désire dans toutes les procédures faites en son nom.

[428] Article 328 C. civ
[429] Article 333 C. civ
[430] Article 389-3 alinéa 2 C. civ

2.L'enfant : partie représentée par un administrateur ad hoc

Par principe, l'enfant est représenté par ses représentants légaux. Toutefois, lors d'une procédure particulière, il est possible que les intérêts du mineur soient en opposition avec les leurs, le juge saisi de l'instance peut alors lui désigner un administrateur ad hoc dont la mission est fixée par la décision qui le nomme[431], faculté qui appartient également au procureur de la République.

L'ensemble des procédures précédemment évoquées sont concernées par cette possibilité, qui est surtout utilisée pour les constitutions de partie civile au pénal où l'opposition d'intérêts peut prendre diverses formes, comme un parent qui ne dépose pas plainte, ou un parent qui ne constitue pas partie civile ou qui minimise les fais commis par l'auteur, ou bien encore, un parent qui exerce une emprise beaucoup trop importante sur l'enfant dont le discours risque d'être complètement faussé, n'étant pas le sien. Cette opposition d'intérêts est appréciée souverainement par le juge qui procède à la désignation.

La mission de l'administrateur ad hoc doit être accomplie tout au long de la procédure. Dans les procédures qui lui sont confiées, il doit tout d'abord désigner un avocat afin d'assurer la défense du mineur. L'avocat est celui de l'administrateur ad hoc comme il serait celui de l'administrateur légal de l'enfant. En cas de désaccord entre l'enfant et l'administrateur ad hoc, l'avocat doit informer l'enfant de son droit à demander à être entendu avec l'assistance d'un avocat.[432] Dans le cadre des constitutions de partie civile, l'enfant est plus impliqué dans la procédure étant donné qu'il est le seul à pouvoir expliquer ce qu'il a vécu. Cependant, c'est l'administrateur qui décide du montant des dommages et intérêts à demander, et qui choisi, après en avoir discuté avec l'enfant, lorsqu'il est apte à comprendre, de l'éventualité d'une procédure à huis clos. Il est tout à fait possible qu'un désaccord survienne entre le mineur et son administrateur ad hoc, désaccord, qui ne porte pas sur ce qu'a subi l'enfant. Dans cette hypothèse, l'administrateur ad hoc et l'avocat doivent accompagner le mineur, afin qu'il puisse s'exprimer le plus librement possible. Ce désaccord peut provenir

[431] Article 388-2 C. civ
[432] Article 388-1 C. civ

sur le huis clos sollicité ou bien encore sur la correctionnalisation. Pour ses questions, l'avocat, ne peut que s'efforcer de rechercher un accord entre l'enfant et son administrateur ad hoc qui respecte l'intérêt de l'enfant.

En matière d'assistance éducative, l'enfant est une partie à part entière dans ces procédures, la désignation d'un administrateur ad hoc dans ces cas peut sembler étrange. Pourtant il arrive que le juge des enfants soit obligé d'en désigner un dans certains cas.

S'il souhaite l'application stricte des dispositions, le juge le désigne afin de voir désigner un avocat pour l'enfant, étant donné que « l'avis d'ouverture de la procédure et les convocations (…) mentionnent les droits des parties de faire choix d'un conseil ou de demander qu'il lui en soit désigné un d'office …[433] » Il est possible que l'enfant ne souhaite pas cette désignation mais que le juge l'estime nécessaire, dans ce cas, il peut soit proposer à l'enfant de le demander, soit désigner un administrateur ad hoc pour la procédure d'assistance éducative sans limitation de mandat. Utilisée par certains juges, cette faculté dévoile certaines imperfections, puisqu'elle ajoute un intervenant dans une procédure où il en existe déjà beaucoup, de plus il faut gérer la relation entre l'avocat et le mineur en question. Tout ceci est difficile à comprendre pour ce dernier. Ainsi, l'administrateur ad hoc intervient, mais il détient plus un rôle d'assistance à l'audience, qui risque de perturber l'enfant dans les missions de chacun et altérée sa confiance. Peuvent également s'ajouter des divergences d'opinions entre l'administrateur ad hoc et le mineur, qui dans cette atmosphère risque de porter préjudice à la situation déjà compliquée. Surtout que l'avocat détient son mandat ad litem de l'administrateur ad hoc, il est donc sensé suivre son avis alors que l'enfant est partie à part entière. Si l'enfant détient une maturité suffisante, il peut toujours demander la désignation d'un avocat[434]

Une autre raison peut expliquer la désignation de cet administrateur ad hoc par le juge des enfants, puisqu'en l'absence de discernement, il peut être nécessaire pour certains jeunes enfants, de les faire représenter à l'audience dans le but de faire prendre conscience aux parents que l'enfant est une personne distincte d'eux, qu'ils ne détiennent pas. Certains juges portent leur préférence sur la désignation d'un avocat, mais juridiquement, il est plus judicieux que l'administrateur ad hoc désigné fasse éventuellement appel à cet avocat. La

[433] Article 1182 CPC
[434] Article 1186 CPC

difficulté, ici, est d'analyser si l'enfant a ou non le discernement nécessaire. En pratique, il semblerait que de jeunes enfants sachent déjà se faire entendre, et puissent alors bénéficier de l'assistance d'un conseil, sans que la nomination d'un administrateur ad hoc soit justifiée.

3.Des procédures nécessitant le consentement de l'enfant

Enfin, il existe des procédures pour lesquelles le consentement de l'enfant est requis à partir d'un certain âge précisé par le législateur : 13 ans. C'est le cas en matière d'adoption, de changement de prénom ou de nom, où parfois l'audition de l'enfant est obligatoire. Pour la procédure d'émancipation, seul le mineur lui-même peut la demander[435].

Concernant le changement de nom et de prénom, le changement de prénom de l'enfant âgé de plus de 13 ans ne peut avoir lieu sans le consentement de ce dernier[436]. Le changement de nom, quant à lui, pour un enfant de plus de 13 ans nécessite son consentement, sauf s'il découle de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation[437].

S'agissant de la procédure d'adoption, le concours de l'enfant à son adoption dépend de son âge et de sa faculté de discernement. Lorsque le mineur est âgé de plus de 13 ans, son consentement est nécessaire, aussi bien pour l'adoption plénière[438] que pour l'adoption simple[439]. Dans l'hypothèse où il est pupille de l'état, et qu'il a une certaine faculté de discernement, le législateur impose qu'il soit préalablement entendu par le tuteur et par le conseil de famille, que l'adoption soit simple ou plénière[440]. En définitive, l'audition de l'enfant reste applicable dans toutes les procédures le concernant, et l'enfant de moins de 13 ans peut aussi être entendu[441].

[435] J. MASSIP, « *Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice ;(Observations sur le décret n°2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application)* », Dr. famille n°9, Septembre 2010, étude 22 ; C. MARCHAL, L. MICALLEF-NAPOLY, « *La place de l'enfant dans les procédures familiales*. », AJF 2009, p.472

[436] Article 60 C. civ

[437] Article 61-3 C. civ

[438] Article 345 alinéa 3 C. civ

[439] Article 360 alinéa 3 C. civ

[440] Article L. 225-1 alinéa 2 CASF

[441] Article 388-1 C. civ

L'ensemble des réformes de ces dernières décennies ont permis de généraliser le droit de l'enfant à être entendu lorsqu'il est concerné par une procédure quelle qu'elle soit, et qu'il est capable de discernement. Ces réformes ont aussi affirmé le fait que le discernement n'est plus fixé en fonction de sa maturité personnelle et de sa capacité de compréhension du problème en question. Ainsi, un même enfant peut être considéré comme capable de discernement dans une procédure et incapable dans une autre. Il faut également remarquer un certain réflexe des professionnels qui dorénavant peuvent s'interroger sur la nécessité d'entendre l'enfant.

B.Une partie entendue dans l'ensemble des procédures la concernant.

Le principe consacré par la Convention internationale des droits de l'enfant est de « garantir à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. »[442] Pour cela, l'enfant peut être entendu « dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de toute façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale[443]. » L'application de cette convention a permis de modifier la place de l'enfant, ainsi que son audition dans le droit français. La loi du 8 janvier 1993 a donc instauré un principe général d'audition de l'enfant dans toute procédure qui le concerne[444], ainsi qu'un principe général d'un droit à la nomination d'un administrateur ad hoc chaque fois que ses droits semblent en opposition avec ceux de ses représentants légaux[445]. La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance est venue renforcer le droit de l'enfant, son audition étant désormais de droit lorsqu'il en fait la demande[446].

Ce texte est applicable dans la plupart des domaines du droit de la famille, notamment en matière d'exercice de l'autorité parentale, de fixation de résidence, de droit de visite et

[442] Ibid
[443] Article 12 CIDE
[444] Article 388-1 C. civ
[445] Article 388-2 C. civ
[446] Article 388-1 alinéa 2 C. civ

d'hébergement et également en cas d'éviction du conjoint violent prévu à l'article 220-1 alinéa 3 du Code civil. L'article 388-1 du même code s'applique aussi aux procédures dans lesquelles un tiers intervient comme les grands parents ou d'autres tiers[447], et en matière de délégation de l'autorité parentale[448]. Les procédures de retrait d'autorité parentale, de changement de régime matrimonial, de changement de prénom sont également concernées par ce texte, et il doit y faire référence en matière de filiation, de subsides et d'adoption devant le tribunal de grande instance, et concerne aussi les instances relatives au liquidation du préjudice subi par l'enfant dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle ou contractuelle.

Il existe des procédures dans lesquelles l'enfant est partie mais représentée par son représentant légal ou son administrateur ad hoc. Ceci étant, il peut être entendu à titre personnel par le juge ou par un tiers. Dans certains cas, il doit, à partir de 13 ans, donner son consentement. Mais, même en étant plus jeune, il a le droit d'être du moment qu'il est capable de discernement.

Cet article 388-1 du Code civil ne fait pas de l'enfant une partie à la procédure, il n'a sa place que pour exprimer son point de vue sur les questions qui le concerne et à la condition qu'il soit capable de discernement, discernement qui s'apprécie *in concreto* en fonction du développement psychique de l'enfant et de la procédure.

Les règles procédurales de l'audition de l'enfant ont été modifiées par le décret n°2009-572 du 20 mai 2009 qui réaffirme que l'enfant doit être informé de son droit à être entendu, information qui doit être transmise par ses parents ou par ses représentants légaux. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, l'audition de l'enfant fait l'objet d'un compte-rendu d'audition dont la forme et le contenu ne sont pas précisés, compte rendu qui doit être établi dans le respect du principe du contradictoire, et communiqués aux parties qui pourront faire valoir leurs observations[449].

[447] Article 371-4 C. civ
[448] Article 377 C. civ
[449] Article 338-12 CPC

C.L'enfant et ses juges*

L'enfant est confronté à ses juges dans le cadre de son audition[450], audition qui peut être effectuée dans toutes les procédures le concernant depuis la loi n°93-22 du 8 janvier 1993. Ce texte a été modifié par l'introduction des dispositions de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, qui permet au mineur doté de discernement de demander a être entendu par le juge[451].

Les dispositions organisant la procédure spécifique de l'assistance éducative prévoient également la présence du mineur aux audiences d'assistance éducative[452]. Le fait que l'audition du mineur doué de discernement ne soit plus soumise à l'appréciation du juge a donné lieu à quelques réactions de la part des juges aux affaires familiales, alors que la présence du mineur aux audiences d'assistance éducative est une pratique de longue date, même pour les enfants mineurs très jeunes, a priori, non doués de discernement. La différence de pratique entre ces deux juges ne repose pas que sur la différence de culture professionnelle, mais plutôt sur la place à accorder à l'enfant dans les différentes procédures qui le concernent.

Le décret n°2009-572 du 20 mai 2009 est venu préciser les conditions dans lesquelles le mineur est informé de son droit a être entendu par le juge, La forme de la demande, l'organisation de sa convocation ou de la délégation de l'audition à un professionnel qualifié, les conditions de restitution du contenu de cette audition ont également été précisés.

Quant à la loi du 5 mars 2007, elle a profondément bouleversé l'équilibre de la procédure en matière d'autorité parentale, en accordant une place prépondérante à l'enfant dans une procédure qui, au départ, opposait que des adultes en cours de séparation. Pour la procédure en matière d'assistance éducative, c'est différent, puisqu'elle a été créée autour du mineur, dans l'objectif de sa protection, objectif qui ne peut se concevoir sans que le mineur ait eu connaissance de l'existence des moyens utilisés pour assurer sa protection.

[450] *L. GEBLER, « *L'enfant et ses juges. Approche transversale des procédures familiales.* » AJF 2007, p.390
[451] Article 388-1 C. civ
[452] Article 1182 CPC, issu du décret du 15 mars 2002

Avant l'entrée en vigueur du décret du 20 mai 2009, les règles étaient plus précises en matière d'assistance éducative que devant le juge aux affaires familiales. Le but du législateur était de traiter le mineur comme partie prenante à la procédure d'aide éducative, de gagner son adhésion à la mesure autant que celle des parents et de protéger la parole de l'enfant. Pour le juge aux affaires familiales, il était clair que le conflit opposant les adultes en pleine séparation exigeait que l'on tienne l'enfant à distance, la protection de sa parole ne relevant jusque là que de la pratique. En effet, à défaut de disposition précise, la restitution des auditions était à la discrétion du juge, sauf à respecter le principe du contradictoire.

Suivant le juge auquel il va être présenté, les procédures d'audition du mineur sont différentes (1), mais peuvent être faite directement par le juge (2). Ces procédures étant spécifiques, l'application du principe du contradictoire est nécessaire (3).

1.Des procédures distinctes :

Une comparaison peut être faite entre la procédure d'audition du mineur en matière d'assistance éducative et celle appliquée devant le juge aux affaires familiales[453].

L'article 1182 du Code de procédure civile prévoit la présence de l'ensemble des membres de la famille à une même audience : ceci explique que le juge des enfants n'a pas besoin d'être saisi d'une demande formelle. En pratique, lors de l'audience, l'enfant est entendu seul, ses parents devant se retirer quelques instants du cabinet du juge. L'objectif est de rendre une décision à l'issue de cet entretien avec l'enfant, pour cela, il est nécessaire qu'un échange ait lieu afin que chacun puisse s'exprimer, aussi bien l'enfant que ses parents. L'enfant est alors partie prenante, puisqu'il a fait connaissance avec comme ses parents du signalement, du rapport éducatif ainsi que des objectifs fixés par le juge dans le cadre de la mesure éducative.

[453] M. CREBASSA, « *L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et par le juge des enfants.* », AJF 2009, p.328

Quant au juge aux affaires familiales, il est saisi d'une demande, qui peut émaner des parents[454]. Dans cette hypothèse, il n'est pas obligé d'y faire droit et sa décision est susceptible de recours. Cette demande peut également venir du mineur lui-même, et être rejetée par le juge, dans ce cas, la décision rendue ne peut faire l'objet d'un recours. Le décret du 20 mai 2009 précise que cette demande n'est pas dotée de forme particulière. Il est donc tout à fait concevable que le mineur puisse faire sa demande oralement. Cependant, la présence des parents n'est pas requise, le jour de l'audience à laquelle ils sont seuls convoqués, accompagnés de leurs enfants. En principe, le mineur est convoqué postérieurement à l'audience faite avec les parents. Ce différé permet au juge d'évaluer la nécessité de recourir à un tiers qualifié pour procéder à l'audition de l'enfant, surtout lorsqu'il ressort des débats ou des pièces produites par les parties que la situation familiale est complexe et suppose une observation plus approfondie par le biais d'une enquête sociale, d'une expertise médico-psychologique, ou encore demande une personne ayant des compétences particulières pour recueillir la parole de l'enfant. Suivant les éléments détenus par le juge aux affaires familiales dans la procédure, il peut décider de procéder directement à l'audition de l'enfant, ou de désigner un tiers qualifié pour l'accomplir. Ce tiers chargé de procéder à l'audition du mineur doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique.

Dans tout les cas, le mineur n'a aucune autonomie dans le litige qui oppose ses parents, il ne peut donc en aucun cas provoquer l'ouverture d'une procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale, ou visant à provoquer la séparation parentale, contrairement à son droit de demander une mesure de protection pour lui au juge des enfants. De plus, la procédure appliquée devant le juge aux affaires familiales concerne avant toute chose les parents dans l'exercice de leurs prérogatives, il est donc essentiel que le mineur garde sa place de tiers à la procédure ayant pour objet essentiel de trouver une solution au conflit d'autorité parentale, et non de lui laisser prendre la place de ses parents dans la prise de décisions. Il est donc fondamental que chacun garde sa place dans le conflit à traiter.

[454] C. ELIACHEFF, P. HUERRE, « *Le J.A.F et l'enfant* », AJF 2009, p.323 ; J. BIGOT, C. SCHAUDER, « *Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales.* », AJF 2009, p.324

2.L'audition directement réalisée par le juge

Il est tout à fait possible dans les deux procédures que le juge entende d'abord les parents puis l'enfant, afin de parvenir à situer l'enfant dans son environnement quotidien d'exercice de l'autorité parentale, qu'il s'agisse d'arbitrer un conflit ou d'intervenir lorsque l'exercice de cette autorité parentale est générateur d'un danger ou ne protège pas suffisamment l'enfant[455]. Pour ouvrir la discussion entre le juge aux affaires familiales et l'enfant, il est important que ce magistrat se renseigne sur la volonté de sa demande d'audition. Le juge pour enfant, quant à lui, songera à savoir si l'enfant connait les causes pour lesquelles il est entendu devant son tribunal. Puis, chacun de ces magistrats explique son rôle, la place de l'enfant dans la procédure, ainsi que les décisions et les mesures qui peuvent être prises.

S'agissant du juge pour enfant, sa mission essentielle est de préciser les raisons de son intervention, de rappeler son rôle de protection et d'expliquer les outils qui existent pour aider la famille, voire d'avoir l'accord de l'enfant à une intervention, surtout lorsqu'un adolescent est en cause. Concernant le juge aux affaires familiales, sa fonction est d'entendre s'exprimer l'enfant sur la situation conflictuelle de ses parents et ce qu'il en comprend. En outre, il s'agit de lui signifier qu'il a le droit de ne pas avoir d'avis, et de laisser ses parents construire une solution dans son propre intérêt ou à défaut, de laisser agir le juge.

[455] Ibid

3.L'application du principe du contradictoire

La protection de l'enfant et de sa parole en matière d'assistance éducative est basée sur la faculté du juge pour enfant à écarter une pièce du dossier au moment où il est consulté par les parties : ainsi, le procès verbal d'audition du mineur du dossier d'assistance éducative peut être occulté lors de l'audition des parents.

Avant le décret du 20 mai 2009, aucun texte ne réglementait les modalités de restitution de l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales. Si l'enfant ne désirait pas que son audition figure dans le dossier ou que cette dernière ne soit lue par ses parents, le procès verbal pouvait être évincé du débat. Cette opportunité avait rarement lieu, puisque l'enfant avait pu élaborer, lors de son audition, son idée afin de l'exprimer de façon non violente pour ses parents. Il peut aussi s'être situé dans une position de compromis entre les demandes de chacun de ses parents, notamment quand il a réussi à exprimer son désir d'être protégé du conflit parental, accompagné du poids que représente ce conflit à ses yeux. L'enfant pouvait être soulagé lorsqu'il était expliqué que la décision du juge aux affaires familiales se fondait essentiellement sur les arguments et pièces fournis par les parties, et que la procédure en question n'appartenait qu'aux adultes.

Depuis l'entrée en vigueur du décret du 20 mai 2009, un compte rendu d'audition de l'enfant doit être rédigé afin de s'assurer du respect du principe du contradictoire. Seuls les éléments contenus dans ce compte rendu ont la possibilité d'être utilisés pour fonder en partie une décision. Cependant, il est laissé une marge de manœuvre dans la retranscription de l'audition, puisque celle-ci n'a pas à être exhaustive. En effet, elle doit rendre compte des éléments essentiels apparus lors de l'audition. Il peut aussi être intéressant de faire mention des attitudes et des émotions exprimées par l'enfant pour en restituer l'atmosphère.

Il semble difficile de rendre une décision en matière d'assistance éducative ou d'autorité parentale, suite à une audition du mineur, lorsque l'entier contenu de cette dernière ne peut être utilisé pour motiver le jugement à venir. Toutefois, le contenu de cette audition conforte très souvent les éléments que détient le juge. Dans le cas contraire, les mesures d'expertise et d'évaluation des situations permettent de dévoiler ces mêmes éléments.

La place de l'enfant ne doit en aucun cas être perdue de vue, aussi bien dans la procédure que dans l'attente qui découle du rapport de l'audition. L'objectif de cette audition du mineur n'est pas de recueillir des éléments de preuve à l'encontre des parents, en matière d'assistance éducative, ni de laisser à l'enfant l'opportunité de décider des modalités d'exercice de l'autorité parentale à la place des adultes, le but étant sa seule protection.

D.Une partie entière dans la procédure d'assistance éducative

Dans le cadre de la procédure éducative, l'enfant est partie à la procédure[456]. Dans l'hypothèse où la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées[457]. L'enfant étant partie, il a la possibilité de saisir lui-même le juge des enfants, et est également destinataire des convocations envoyées par le juge des enfants[458].

Pour l'ouverture de la procédure, l'article 1182 du Code de procédure civile n'indique aucune limite à la convocation du mineur, qui doit connaitre les motifs de la saisine du juge. Mais pour les convocations aux audiences qui suivent, l'article 1188 du même code est plus restreint étant donné qu'il précise le père et la mère et, le cas échéant, le mineur, sont convoqués à l'audience.

L'enfant peut effectuer toute demande par l'intermédiaire ou non de son avocat, demande qui peut être très variée. Lorsqu'il saisit le juge, il se trouve en conflit avec ses parents, sa demande concerne donc le plus souvent un changement de résidence ou celle d'un placement. Dans le cas où il est placé, il peut alors demander de revenir dans sa famille ou à modifier les conditions dans lesquelles il peut la voir en week end ou durant les vacances. Cependant, il peut également faire des demandes relatives à la restitution ou à l'octroi d'un téléphone

[456] C. MARCHAL, L. MICALLEF-NAPOLY, « *La place de l'enfant dans les procédures familiales* », AJF 2009, p.472

[457] Article 375 C. civ

[458] Article 1182 alinéa 4 CPC concerne l'ouverture de la procédure, et l'article 1188 du même code est relatif aux convocations aux audiences.

portable, l'exercice d'une activité sportive, une modification de placement d'école ou encore l'autorisation de voir un tiers.

S'agissant des changements de résidence, le juge aux affaires familiales est en principe compétent. Mais dans l'hypothèse où l'enfant se trouve en danger au sens des dispositions de l'article 375 du Code civil et les motifs postérieurs à la décision du juge aux affaires familiales, le juge des enfants peut être conduit à modifier la résidence de l'enfant ou encore à suspendre ses droits de visite et/ou d'hébergement de l'un ou de l'autre des parents[459]. Ce changement devient caduc lorsque le juge des enfants lève la mesure d'assistance. Dans l'éventualité que la résidence ne soit pas changée, la décision du juge aux affaires familiales devient à nouveau applicable. En conséquence, lorsque l'enfant désire un changement de résidence durable et que ce souhait semble fondé, il est nécessaire que le parent concerné par cette résidence dépose une requête devant le juge aux affaires familiales.

L'enfant détient également le droit de faire appel des décisions du juge des enfants, droit qui lui appartient sans distinction d'âge[460]. Cependant la jurisprudence reste sur ses positions et persiste à exiger des juges du fond qu'ils vérifient que l'enfant possède un discernement suffisant pour exercer ce privilège.

Il peut aussi demander à être entendu par la cour d'appel du moment qu'il détient une certaine faculté de discernement, tout comme choisir un avocat pour le conseiller, ou demander au juge de lui en désigner un par le bâtonnier[461]. Le législateur lui permet aussi de pouvoir consulter le dossier qui le concerne, en présence de son avocat, de son père ou de sa mère[462]. Si ces derniers refusent d'accompagner l'enfant pour la consultation de son dossier, et si l'enfant n'a pas d'avocat, il lui en sera désigné un par le bâtonnier, sauf si le juge autorise le service éducatif chargé de la mesure de l'assister pour cette consultation. En cas d'absence d'avocat, le juge peut évincer les pièces du dossier de la consultation quand ces dernières risquent de faire courir un risque un danger grave à l'enfant. Si l'avocat est présent, sa mission est de les écarter mais en ayant un échange avec le juge des enfants sur ce sujet. L'ensemble de ses restrictions s'appliquent aussi aux parents.

[459] S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « *L'autorité parentale et les tiers* », Dr. famille, Avril 2010, étude 7
[460] Article 1191 CPC
[461] Article 1186 CPC
[462] Article 1187 CPC

Enfin, lorsque l'enfant est âgé de plus de 16 ans, les décisions du juge des enfants lui sont directement notifiées[463], et devant la Cour d'appel, il reçoit un avis d'appel et est convoqué en personne aux audiences.

§2. L'avocat : un accompagnateur lors de l'audition du mineur

La Convention internationale des droits de l'enfant dite « Convention de New York » consacre le droit de tout mineur « capable de discernement » à « être entendu dans toute procédure judiciaire, ou administrative l'intéressant soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié. » Ce texte a été ratifié par le France le 7 aout 1989, qui par la même, consacrait une journée nationale aux droits de l'enfant, en la fixant au 20 novembre. En outre, la loi du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales introduisait dans le code civil la possibilité pour l'enfant à être entendu, renforcée par celle du 5 mars 2007, relative à la protection de l'enfance, qui mettait notre droit interne en conformité avec cet article 12 de la Convention de New York ainsi qu'avec le règlement communautaire du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis », en faisant une obligation pour le juge d'entendre un enfant qui en fait la demande.

L'avocat est pourvu d'une mission précise dans le cadre de l'audition du mineur (A), qui est une procédure de plus en plus entourée (B).

[463] Article 1190 CPC

A.Sa mission :

Lorsque l'enfant est capable de discernement, il a la faculté de pouvoir demander à être assister d'un conseil lors de son audience devant le juge. Le rôle de l'avocat est ici primordial et est en général destiné à l'« avocat d'enfant[464] ». Ces avocats suivent une formation initiale et continue dans le domaine de l'enfance, dispensée par les barreaux eux-mêmes. Ils interviennent aussi bien en matière pénale quand l'enfant est auteur ou victime d'infraction, qu'en assistance éducative dans le cadre de l'enfant en danger et devant le juge aux affaires familiales.

En 2008, la conférence des bâtonniers a rédigé une charte de l'avocat d'enfant destinée à s'appliquer dans tous les barreaux de France. Ainsi, au sein de chaque barreau, un groupe de défense des mineurs provenant directement de l'ordre des avocats, fondé sur le volontariat de ces derniers est créé, l'avocat d'enfant étant rémunéré au titre de l'aide juridictionnelle pour assurer sa totale défense.

Sa mission diffère suivant qu'il se trouve devant le juge aux affaires familiales (1), ou devant le juge des enfants (2).

1.L'avocat d'enfant devant le juge aux affaires familiales.

Doté de cette mission, cet avocat doit recevoir le mineur seul, sans ses parents ou toute autre personne qui l'accompagne, et exposer sa mission à son client. Pendant cet entretien l'avocat doit recueillir la certitude que l'enfant souhaite être assisté d'un avocat et être entendu par le juge. Il est important qu'il lui précise que cet entretien est couvert du secret professionnel et que par conséquent rien ne sera révélé. Il est aussi de son devoir de lui préciser qu'il n'est entendu par le magistrat que pour manifester son opinion, puisqu'il n'est

[464] D. ATTIAS, « *L'avocat d'enfants et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales*. », Dossier audition de l'enfant, AJF 2009, p.330

pas partie à la procédure devant le juge aux affaires familiales, et que cette opinion n'est en aucun déterminante dans la décision finale que prendra le juge. En effet, il a la possibilité de prendre une décision contraire à ses attentes, en considérant que son intérêt est autre que celui qu'il a fait connaitre. Dans les cas où l'enfant est un adolescent, la pratique révèle que le juge aux affaires familiales à beaucoup plus tendance à suivre les désirs de ce dernier.

Enfin, il est nécessaire que l'avocat explique à son client l'intérêt de sa mission d'accompagnement, client qui n'est pas partie au conflit dans lequel il intervient, puisqu'il n'a aucune prétention. L'avocat est seulement présent pour informer l'enfant de ses droits, encadrer sa parole et le guider durant toute l'audition.

Ce dernier n'étant pas partie à la procédure devant le juge aux affaires familiales, l'ensemble des groupements d'avocats d'enfants ont considéré que la mission de l'avocat dans ce domaine se résumait à accompagner l'enfant dans le cabinet du juge[465]. Ayant fait la demande â être entendu par le juge, sa présence est indispensable, surtout qu'il est le seul à pouvoir exprimer son opinion. L'avocat, quant à lui, se contente d'être à ses côtés, et peut parfois intervenir au cours de l'audition pour aider l'enfant et l'aider à parler s'il se trouve en difficultés, notamment lorsqu'il omet de faire part d'éléments d'une grande importance que ce dernier lui a révélé lors de leur entretien. Mais en aucun, il doit s'exprimer à la place de son client ou plaider, ce n'est pas son rôle.

Pourtant, la représentation, mandat traditionnel de l'avocat, n'est pas transposable à l'avocat d'enfant en matière d'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales. Cet argument est renforcé par le fait que dans la plupart des juridictions, il a été admis que l'avocat n'a pas accès au dossier[466]. Ainsi à Paris, un accord a été passé avec les magistrats, permettant à l'avocat d'enfants, lorsqu'il le souhaite, de se faire communiquer la lettre de demande d'audition. Toutefois, dans certains barreaux du sud de la France, il arrive que les avocats d'enfants soient entendus par les magistrats, au lieu et place de l'enfant, et ne le rencontre pas. Cette pratique est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation qui rappelait en 2005 que « C'est à bon droit et en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3.1 de la convention de New-York du 26 janvier 1990 et de son droit à être entendu dans toute la procédure le concernant consacré par l'article 12.2 du même traité, qu'une cour d'appel, sans

[465] Article 388-1 alinéa 3 C. civ
[466] Cf. D. ATTIAS, sis art. précité

accorder à l'enfant la qualité de partie à la procédure et, sans confier ses intérêts à un administrateur ad hoc, l'administration des biens du mineur n'étant pas en cause, prend l'initiative de lui faire désigner un avocat afin de recueillir ses sentiments et d'en faire état lors de l'audience, étant relevé que la juridiction saisie a toujours, en tout état de la procédure, la possibilité de procéder à l'audition personnelle de l'enfant soit à sa demande, soit si les circonstances rendent cette mesure utile ou nécessaire.[467] » Il est vrai que certains magistrats peuvent ne pas être formés à l'écoute de l'enfant et refusent donc, par conséquent, de l'entendre. Cependant, les magistrats doivent répondre à la même obligation de formation initiale et continue en matière de protection de l'enfance que les autres professionnels de ce domaine. Ils doivent donc suivre des formations à l'écoute de l'enfant afin de mener à bien les auditions qu'ils doivent effectuer dans le but de recueillir la parole de l'enfant. Les juges aux affaires familiales ont pris conscience de l'importance de l'audition de l'enfant, qui, finalement, leur permet de prendre connaissance de l'opinion de ce dernier, qui souvent et riche en enseignements sur sa situation personnelle.

La mission de l'avocat d'enfant ne se réduit pas à sa simple assistance dans le cabinet du juge. En effet, il est possible qu'il ne puisse pas saisir le juge aux affaires familiales en cas de difficultés ultérieures, et que cette audition ne pourra avoir lieu que lorsque la situation aura évoluée dans son propre intérêt. En tant que conseil, il ne peut omettre cet élément et lui suggérer de le recontacter pour l'écouter et effectuer les diligences nécessaires, si les conditions s'y prêtent.

Depuis la ratification de la convention de New York, l'audition du mineur a pris sa place. Le décret du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice apporte certaines précisions dans ce domaine, très attendues par les professionnels. En effet, avant ce texte l'avocat offrait trois hypothèses à l'enfant pour lesquelles le magistrat pouvait opter. Ce dernier pouvait dresser un procès verbal intégral de ce qu'exprimait l'enfant et lui faire parfois signer ledit procès verbal. Il lui était aussi possible de rédiger un compte rendu de l'audition à destination des parents et de leurs conseils, enfin, il pouvait décider de ne rien transmettre aux parents lorsque l'enfant en faisait la demande. Désormais, les articles 338-1 et 12 du Code de procédure civile organisent les modalités de cette audition et clarifie le discours de l'avocat qu'il doit appliquer lorsqu'il se trouve devant son client, mais avec la difficulté de ne plus mettre l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur du conflit. Puis, suite à cette audition du mineur,

[467] Cass, Civ 1ère, 22 novembre 2005, n°03-17.912, D. 2006.554, note F. BOULANGER

un compte rendu doit être rédigé et soumis au respect du contradictoire, la seule restriction étant qu'il doit être dressé dans le respect de l'intérêt de l'enfant[468].

La notion est, en effet, très subjective et reste difficile à cerner. Même si les conseils des parents se félicitent du respect du contradictoire dans cette procédure délicate de l'audition de l'enfant, puisqu'ils peuvent avoir accès à la parole de l'enfant exprimée devant le juge, il n'en reste pas moins que la communication de compte rendu aux parties risquent de mettre l'enfant dans une situation complexe vis-à-vis de ses parents. De surcroit, si le juge omet de rédiger tout de suite ledit compte rendu, et n'en donne pas lecture à l'enfant, ce dernier pourra éprouver un certain sentiment de trahison provenant du juge. La communication des pièces prévaut ici, et l'enfant doit être conscient par les explications de son avocat du fait, que ce compte rendu sera connu de ses parents

Il est aussi nécessaire de remarquer que le juge peut désigner une tierce personne qui exerce ou doit avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique, pour procéder à son audition[469]. L'avocat d'enfants se trouve aux côtés de son client lors de son audition par ce tiers, et comme l'audition effectuée devant le juge aux affaires familiales, l'avocat ne devra en aucun cas s'exprimer à la place de son client ou plaider. Le tiers, quant à lui, ne devra pas omettre de convoquer le conseil de l'enfant en question. Pourtant, l'interrogation persiste sur l'intervention de ce tiers aux qualifications incertaines. L'audition de l'enfant effectuée par ce tiers ne trouve sa justification que dans le déficit chronique des psychologues et des psychiatres, et dans l'engorgement des juridictions. En effet, le législateur n'a pas trouvé d'autre alternative que de faire intervenir ce tiers, afin d'éviter un encombrement de la juridiction du juge aux affaires familiales par l'audition de l'enfant, juridiction étant déjà bien occupée.

Il est évident que l'enfant, qui demande à être entendu, se trouve en souffrance et en conflit de loyauté ou en sérieux désaccord avec l'un de ses parents. Rencontrer le juge est pour lui primordial pour que celui-ci entende et écoute ces maux. L'avocat d'enfant, formé à son écoute, lui permet de pouvoir les exprimer et de supporter plus facilement l'épreuve de cette audition, qui malgré tout, reste impressionnante pour l'enfant.

[468] Article 338-12 CPC
[469] Article 338-9 CPC

2. L'avocat d'enfant devant le juge des enfants

Lorsque le mineur est auteur d'infraction, il est alors partie devant les juridictions spécialisées pour le jugement de ces dernières. L'assistance de l'avocat est alors primordiale, l'assistance du mineur étant une obligation contrairement à celle du majeur. Ainsi, un avocat est commis d'office pour tout mineur mis en examen, et qui n'en a pas choisi un. Ce conseil est désigné à partir d'une liste d'avocats spécialisés, formés, volontaires à ces procédures, et qui s'engage à assurer la défense du mineur, jusqu'à son jugement définitif, voire d'éventuelles voies de recours.

Dans cette hypothèse, la difficulté de l'avocat se trouve dans le maintien des liens avec son client pendant toute la durée de la procédure, alors essentielle à la préparation de la défense du mineur en question pour l'audience de jugement, le but étant de permettre à l'enfant d'être assisté d'un conseil dans toutes les procédures le concernant. Une autre difficulté apparait dans le système d'attribution de l'aide juridictionnelle, puisqu'au pénal, elle est attribuée en fonction des ressources des parents.

L'enfant peut également faire l'objet d'une mesure d'assistance éducative, qui constitue le domaine favori de l'avocat d'enfant. Dans cette matière, l'enfant est une partie entière à la procédure et l'avocat peut exercer pleinement son rôle. Cette procédure est longue et permet à ce dernier de pouvoir créer des liens de confiance avec l'enfant.

Cette procédure touche également aux droits fondamentaux de l'enfant dont le droit à la vie familiale. Cependant, le législateur n'a pas jugé nécessaire de rendre l'avocat obligatoire, ni pour le mineur, ni pour les parents, en cas de déplacement.

En outre, il est important de souligner que la justice des mineurs est en évolution, depuis le dépôt du rapport le 3 décembre 2008 sur la refonte de la justice des mineurs et de son texte fondateur, l'ordonnance du 2 février 1945, remis par la Commission présidée par André Varinard à Madame Rachida Dati, dans lequel 70 propositions sont formulées[470].

[470] http://www.gouvernement.fr/gouvernement/le-rapport-varinard-sur-la-reforme-de-la-justice-des-mineurs

La nouvelle justice pénale des mineurs doit répondre à 4 grands objectifs : ainsi la loi doit reposer sur des principes fondamentaux combinant les exigences de la justice et celles de la protection des mineurs, tout en étant simple et compréhensible à tout citoyen et surtout aux mineurs. Les décisions de justice doivent être rapides pour être efficaces et permettre une meilleure prise en charge, et les sanctions que les accompagnent doivent être proportionnées aux infractions et appliquées avec fermeté et clarté.

Ce rapport consacre 4 nouveaux principes aux procédures pénales des mineurs, comme apporter une réponse systématique à chaque acte de délinquance, disposer d'éléments suffisants sur la situation et la personnalité des mineurs avant toute prise de décision, associer la cohérence de la décision au regard du parcours pénal du mineur et affirmer le caractère exceptionnel de l'incarcération des mineurs.

Il propose également de fixer la minorité pénale à 12 ans, âge en dessous duquel un jeune ne peut se voir appliquer une sanction pénale. Il prévoit aussi des sanctions éducatives pour les moins de 12 ans, et maintient la majorité pénale à 18 ans.

Une nouvelle architecture des formations de jugement est dévoilée lors du passage du mineur devant le juge. Le rapport suggère de prononcer le jugement d'un délit dans quatre configurations différentes, dont le cabinet du juge des enfants, rebaptisé « juge des mineurs », par le tribunal pour mineurs statuant à juge unique si le mineur n'est ni détenu ni récidiviste, par le tribunal pour mineurs, composé comme le tribunal pour enfant actuel, d'un juge des enfants et de deux assesseurs civils, et par une nouveauté le tribunal correctionnel pour mineurs, comprenant un juge des mineurs parmi les trois magistrats professionnels qui le composent, réservé aux mineurs multirécidivistes âgés de 16 à 18 ans, et qui pourrait juger les jeunes majeurs dans l'année qui suit leur majorité.

Cette nouveauté a dernièrement donné lieu à la loi n°2011-939 du 10 aout 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs[471], publiée au Journal Officiel du 11 aout 2011, dans le but de rapprocher les citoyens et la Justice d'une part, et d'améliorer l'efficacité de la procédure de jugement des mineurs, en permettant des réponses pénales plus rapides et mieux adaptées à leur personnalité.

[471] http://www.legifrance.gouv.fr

Ce texte crée ce tribunal correctionnel pour les mineurs les plus ancrés dans la délinquance. Désormais, les mineurs de plus de 16 ans, poursuivis pour des délits commis en récidive et ayant commis des délits punis d'au moins trois d'emprisonnement, seront jugés par un tribunal correctionnel pour mineurs présidé par un juge des enfants. Situé dans chaque tribunal de grande instance où se trouve un tribunal pour enfants, il pourra prononcer des mesures et des sanctions éducatives. Doté d'une plus grande solennité, cette juridiction destinée aux mineurs de 16 à 18 ans les plus ancrés dans la délinquance leur rend une justice qui évolue en fonction de leur âge, de leur personnalité et des infractions qu'ils ont commises. Les parents de ces derniers recevront des convocations pour les avertir de la procédure pénale en cours à l'égard du mineur. S'ils n'y répondent, il sera possible de les contraindre à comparaître aux audiences dans l'intérêt de leur enfant ou de suivre un stage de responsabilité pénale.

Ainsi, cette réforme remet en cause une spécificité du droit des mineurs qui veut que les plus grands d'entre eux puissent être jugés comme les adultes.

B.La procédure d'audition du mineur

Depuis la ratification de la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant, dont l'applicabilité directe avait été reconnue par la première chambre de la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 2005[472]. Dans cette décision, elle rappelait que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant devait être une considération primordiale, et dans l'hypothèse où le mineur capable de discernement en faisait la demande, il pouvait la présenter au juge à n'importe quel moment de la procédure, même pour la première fois en appel. Elle précisait également que son audition ne pouvait être écartée que par une décision spécialement motivée. Le tournant pris par cet arrêt sera concrétisé par deux autres arrêts de la Cour de cassation en date des 8 et 22 novembre 2005[473].

[472] D 2005, p.1909, note V EGEA
[473] D.2006, p.554, note F. BOULANGER

Dans l'objectif de ratification de cette convention en 1990, la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 offrait une place à l'enfant dans les procédures le concernant aux articles 388-1 et suivants du Code civil. Cependant, l'audition de l'enfant n'était qu'une simple faculté pour le juge, et non une obligation. Il faut attendre la réforme du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfant pour que le législateur prenne conscience de l'insuffisance des textes en vigueur sur l'audition de l'enfant, et les modifie.

Cette évolution du droit de l'audition de l'enfant dans les procédures le concernant s'est poursuite par la ratification de la loi du 1er aout 2007 ratifiant la convention européenne relative à l'exercice des droits de l'enfant, suivie par la fixation des règles de procédure concernant les modalités pratiques du droit de l'enfant à être entendu, concrétisée par le décret n°2009-571 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant, précisé par son arrêté du 20 mai 2009 pris en application de l'article 3 dudit décret. Ces précisions étaient très attendues afin de remédier aux divergences de pratique entre les juridictions françaises.

Toutefois, les nouvelles dispositions réglementaires n'encadrent pas toutes les auditions d'enfant, puisque certaines procédures prévoyant leur audition demeurent hors de son champ d'application. Seules les auditions ordonnées en application de l'article 388-1 du Code civil sont concernées par ces textes, et sont pour la plupart accomplies par le juge aux affaires familiales. Celles réalisées par la juridiction pénale ou par le juge des enfants lors d'une mesure d'assistance éducative ne sont pas concernées par lesdits textes. Dans le cadre de ces procédures, l'audition de l'enfant est plus qu'un droit pour ce dernier, puisque c'est une obligation légale. Ainsi, sa réalisation s'impose aussi bien à l'enfant qu'au juge, qui ne peut mandater un tiers pour l'effectuer. En outre, l'audition des mineurs victimes d'infractions pénales est organisée par l'article 706-53 du Code de procédure pénale.

L'analyse de ce décret du 20 mai 2009, accompagné de son arrêté et des dispositions de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007, laissent apparaître une audition de l'enfant beaucoup plus encadrée[474] (1), par la fixation de ces conditions d'exercice[475] (2).

[474] M. DOUCHY-OUDOT, « *L'audition de l'enfant en justice* », Procédures n°8, Aout 2009, étude 7
[475] C. LIENHARD, « *Audition de l'enfant : enfin le décret mode d'emploi* », AJF 2009, p.235

1.Le régime de l'audition de l'enfant

Le juge est obligé d'informer l'enfant de son droit à être entendu dans une audition lui étant spécifiquement consacrée (a). Son droit d'être entendu en justice a d'ailleurs été renforcé depuis la loi du 5 mars 2007 (b). Nonobstant cette obligation d'information du mineur sur sa possible audition, le juge peut décider de lui refuser, lorsqu'il n'a pas le discernement nécessaire (c).

a.L'obligation d'information de l'enfant sur son éventuelle audition

La loi n°2007-293 du 5 mars 2007, dans l'article 388-1 alinéa 4 du Code civil, consacrait l'existence d'une obligation d'information de l'enfant, en imposant au juge de s'assurer que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat. Les conditions de mise en œuvre ont été précisées par le décret du 20 mai 2009 en énonçant dans le nouvel article 338-1 du Code de procédure civile qu'il appartient aux personnes qui exercent l'autorité parentale, parent ou tuteur, où le cas échéant celles à qui l'enfant a été confié, personne physique ou morale, d'informer l'enfant de son droit à l'audition et à l'assistance d'un avocat[476]. Afin de s'assurer que l'information soit connue par le mineur concerné, le législateur a également prévu l'envoi d'un avis, rappelant à la fois les dispositions de l'article 388-1 du Code civil et l'existence de l'autorité parentale, qui est systématiquement joint à la convocation adressée aux parties, et ce, que la procédure ait été introduite par requête ou par acte d'huissier[477].

Malgré toutes ces précautions, il est impossible de certifier que le mineur a véritablement eu connaissance de son droit à être entendu par le juge. Les personnes ne l'ayant pas transmis devront l'expliquer au juge aux affaires familiales lorsqu'il exercera le pouvoir de contrôle qui lui a été attribué par l'article 388-1 du Code civil. Même si l'audition de l'enfant peut toujours être sollicitée par le juge, sa connaissance de son droit à pouvoir être entendu ne peut

[476] J. MASSIP, « *Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice – (Observations sur le décret n°2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application)* », Dr. famille, Septembre 2009, étude 22
[477] Article 338-1 alinéa 2 et 3 CPC

être complètement garantie que par une information systématique de l'enfant. Actuellement, il n'existe pas de solution plus efficace et plus directe que celle de lui notifier personnellement, lorsqu'il peut être amené à l'exercer, et notre droit ne le prévoit pas encore. Mais le juge peut toujours pallier personnellement ce défaut d'information, en la transmettant oralement lorsque l'enfant est physiquement présent devant lui. A cette occasion, si ce dernier demande à être entendu, le juge ne peut plus le faire sur le champ, étant donné que les nouvelles dispositions font de l'audition du mineur une mesure d'instruction à part entière, qui ne peut être réalisée ni lors d'une audience, ni intégrée dans une autre mesure d'enquête. Désormais, l'audition est une phase de la procédure, tout comme les enquêtes ou les expertises. Ainsi, si le juge aux affaires familiales est saisi oralement par l'enfant, il doit préparer son audition et le convoquer à une date ultérieure.

Enfin, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 23 mars 2011 concernant l'obligation du juge de s'assurer que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat[478], que « l'article 388-1 du Code civil a exclusivement vocation à régir l'audition du mineur par le juge, de sorte qu'il est inapplicable en matière d'expertise. » Cette décision est intéressante, car la cour précise que les exigences posées par ce texte ne s'appliquent qu'en présence d'un juge. Pourtant ces mêmes dispositions lui permettent de déléguer une personne chargée d'auditionner le mineur, comme l'enquêteur social[479]. Un expert pourrait tout à fait intervenir dans le cadre de l'audition du mineur, mais cette conclusion ne permet de le charger d'informer le mineur de son droit a être entendu, cette obligation s'imposant uniquement au juge et non à la personne à qui il a déléguée l'audition de l'enfant[480].

[478] Cass, Civ 1ère, 23 mars 2011, RTD. civ, Avril/Juin 2011, p.322, note J. HAUSER ; L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, T. CLAY, E. JEULAND, Y.-M SERINET, « Droit Judiciaire Privé », JCP G n°22, 30 mai 2011, 666, note L. CADIET ; J. RUBELLIN-DEVICHI, A. GOUTTENOIRE, H. BOSSE-PLATIERE, C. COUTANT-LAPALUS, Y. FLAVIER, Droit de la famille, JCP G n°28, 11 juillet 2011, 839, note Y. FAVIER

[479] CA Toulouse, 25 juin 2007, n°06/03539

[480] I. MARIA, « *Le mineur, toujours un incapable en matière processuelle* », Dr. famille n°6, Juin 2011, comm. 103

b.Le renforcement du droit de l'enfant à être entendu en justice

La demande d'audition est toujours présentée sans forme au juge par l'enfant, et peut désormais l'être dans les mêmes conditions pour les parties. Elle peut aussi être formulée pour la première fois en appel[481].

La décision ordonnant l'audition peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience

Concernant la convocation de l'enfant à son audition, l'envoi d'une double convocation, une par lettre recommandée avec accusé de réception et l'autre par lettre simple, est supprimée. Dorénavant, un envoi unique par lettre simple est suffisant pour convoquer l'enfant. Ces modalités de convocation sont identiques que l'enfant soit entendu directement par le juge ou par une personne qu'il aura spécialement désignée dans cette optique[482], tierce personne qui devra convoquer à son tour le mineur en question[483].

Cette convocation informe toujours l'enfant de son droit à être assisté par un avocat, ou une personne de son choix, lors de son audition. Les textes sont maintenant clairs, puisque l'accompagnement de l'enfant, y compris par un avocat, est possible, et ce, même lorsque l'enfant n'est pas entendu directement par le juge aux affaires familiales mais par un autre professionnel. Les conseils de parties, et les parties, elles-mêmes sont avisées le jour de l'envoi de la convocation des modalités de l'audition[484].

Lorsque l'audition n'est pas de l'initiative du juge, seuls l'enfant ou les parties à la procédure détiennent la faculté d'être à l'origine de cette audition[485]. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur ce point, en précisant que lorsque l'audition était sollicitée par l'enfant, la demande d'audition devait provenir directement de ce dernier, le juge n'étant pas tenu de répondre à la demande relayée par un tiers[486]. En outre, lorsque l'enfant détient le

[481] Article 338-2 CPC
[482] Article 338-6 alinéa 1 CPC
[483] Article 338-6 alinéa 2 CPC
[484] Article 338-6 alinéa 3 CPC
[485] Article 338-2 CPC
[486] Cass, Civ 1ère, 19 septembre 2007, Dr. famille 2007, comm. 192, note P. MURAT, AJF 2007, p.432, obs J.-B THIERRY ; « *La demande d'audition de l'enfant doit être présentée par l'intéressé* », E. MULON, Revue Juridique Personne et Famille, Janvier 2008, p.22

discernement nécessaire et qu'il insiste pour être entendu, le juge est dans l'obligation de répondre à sa demande[487].

c.Le refus d'audition de l'enfant par le juge

Dans le cas où la demande d'audition a été faite par l'enfant, le seul refus d'audition légitime par le juge est l'absence de capacité de discernement du mineur, ou le fait que la procédure ne le concerne pas, comme le prévoit l'article 338-4 alinéa 1 du Code de procédure civile.

Ce refus a cependant eu lieu devant la Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 2 avril 2009, pour cause d'audition antérieure devant les premiers juges[488]. Elle a ainsi jugé que même si l'article 388-1 du Code de procédure civile confère au mineur le droit d'être entendu dans toutes procédures le concernant lorsqu'il en fait la demande, ce texte ne lui accorde pas la faculté d'exiger une telle audition à chaque stade de la procédure. En l'occurrence, l'enfant avait déjà fait l'objet d'une audition au cours de l'enquête sociale ordonnée avant dire droit, par la juridiction du premier degré. La Cour d'appel a considéré qu'il était inutile d'ordonner une nouvelle audition, et la demande d'audition du mineur devant la Cour d'appel a donc été rejetée. Ainsi, dans l'hypothèse où l'enfant a déjà été auditionné, toute nouvelle demande n'a aucun intérêt, exception faite d'éventuels nouveaux éléments qu'il convient de justifier auprès du juge sollicité.

Lorsque la demande d'audition du mineur émane des parties à la procédure, elle peut également faire l'objet d'un refus par le juge, s'il l'estime superflu à la solution du litige, ou si elle lui parait contraire à l'intérêt de l'enfant mineur[489]. Ici, contrairement à la demande d'audition formulée par l'enfant, le juge détient toujours un pouvoir d'appréciation sur la pertinence de l'audition, lorsqu'elle est demandée par les parties à la procédure, en général l'un des parents de l'enfant.

[487] Cass, Civ 1ère, 15 avril 2010, n°09-14.939, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Où l'enfant demande à être entendu dans le divorce de ses parents et où sa demande n'est pas entendue* », Dr. famille, Juin 2010, comm.96
[488] M. DOUCHY-OUDOT, « *L'audition de l'enfant en justice* », Procédures n°8, Aout 2009, étude 7 ; CA Lyon, 2 avril 2009, n°07/00552
[489] Article 338-4 alinéa 2 CPC

Le mineur et les parties sont informés du refus par tout moyen, même verbalement. Les motifs de ce refus sont rédigés dans la décision au fond.

L'enfant ne détient aucune possibilité de recours à l'encontre de la décision du juge. En effet, l'article 338-5 alinéa 1 du Code de procédure civile précise que « *à décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours.* » Même si les causes de refus sont limitées, absence de discernement ou procédure ne concernant pas l'enfant, si ce dernier estime qu'il était touché par la procédure, ou qu'il avait la capacité de discernement nécessaire, il ne pourra contester la décision contraire du juge. Cet argument procédural provient du fait qu'il n'est pas partie à la procédure.

Quant à la demande provenant des parties, il s'agit d'une mesure d'instruction qui ne peut faire l'objet d'une voie de recours qu'avec la décision sur le fond, comme le prévoit les articles 150 et 152 du Code de procédure civile renvoyant à l'article 338-5 alinéa 2 du même code.

2.Les conditions d'exercice de l'audition du mineur

Le décret n°2009-572 du 20 mai 2009 est venu fixer les conditions d'applicabilité de l'audition de l'enfant, qu'elle soit directement effectuée par le juge(a), ou indirectement par un tiers[490] (b).

[490] M. JUSTON, « *Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins ?* » AJF septembre 2009, Dossier Audition de l'enfant, p.320

a.L'enfant auditionné par le juge aux affaires familiales.

Le décret fait de l'audition de l'enfant une mesure d'instruction qui ouvre une parenthèse dans la procédure, puisque désormais, l'information de l'enfant concernant son droit à être entendu par le juge et son accompagnement par un avocat lors de son audition est accomplie dans la convocation à l'audition qui lui est jointe[491].

Le choix de l'avocat est effectué par l'enfant, à défaut, c'est le juge qui requiert par tout moyen la désignation d'un avocat par le Bâtonnier[492]. Cette désignation est pourvue de l'attribution de l'aide juridictionnelle, moyen garantissant la neutralité de l'avocat à l'égard des parties et vis-à-vis de l'enfant. Cette présence de l'avocat aux côtés de l'enfant durant la procédure le concernant permet d'informer le mineur de son droit à être entendu, tout comme celui de refuser de se soumettre à une audition demandée par le juge[493]. Lorsque l'enfant demande l'audition ou accepte son principe, l'avocat tient un rôle important, puisqu'il a pour mission de préparer l'enfant à son audition et à sa rencontre avec le magistrat ou la personne désignée pour procéder à cette audition[494].

Le décret maintient les dispositions de l'ancien article 338-9 du Code de procédure civile, qui permettait à une juridiction collégiale de mandater spécialement l'un de ses membres aux fins d'entendre le mineur et de lui rendre compte[495]. Auparavant, l'absence de précision sur ce point a amené certains magistrats à ne pas dresser de procès verbaux d'audition dans le but de libérer la parole de l'enfant. Aujourd'hui, le décret impose au juge de dresser ce procès verbal dans le respect de l'intérêt de l'enfant, et qu'il soit soumis au principe du contradictoire. Afin d'offrir une plus grande liberté aux magistrats dans son élaboration, la réforme leur permet de ne pas faire mention de certains éléments qui pourraient porter atteinte à cet intérêt. La participation de l'enfant à la rédaction du procès verbal d'audition est la bienvenue, afin que le juge retranscrive la véritable opinion de l'enfant. L'audition offre également au juge l'opportunité de se faire une idée sur la situation dont il est saisit, en recueillant le point de vue du mineur ; pour cela, il doit l'informer de l'objectif et des limites de cette audition.

[491] Article 338-6 CPC
[492] Article 338-7 CPC
[493] Article 388-1 alinéa 2 C. civ
[494] L FRANCOZ-TERMINAL, « *Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire* », Dr. famille, Septembre 2009, p.16
[495] Article 338-8 CPC

Lorsque l'enfant est doté d'un discernement suffisant, son audition est une phase importante de la procédure lui permettant de participer à la détermination de son propre intérêt, critère non négligeable dans la décision du juge aux affaires familiales. Mais cette mesure d'instruction n'est pas obligatoirement exercée par ce magistrat, qui a la possibilité de pouvoir la confier à une personne spécialisée, chargée de lui en faire rapport.

b.L'enfant auditionné par une personne spécialement désignée

Le décret du 20 mai 2009 n'omet pas de rappeler la primauté de l'audition directe de l'enfant sur l'audition indirecte, puisque ce n'est que « lorsque le juge estime que l'intérêt de l'enfant le commande », la deuxième forme d'audition du mineur peut être envisagée[496]. C'est essentiellement sur ce point que la réforme a apporté le plus de changements.

Cette personne désignée par le juge, est avisée de sa mission sans délai par tout moyen par le greffe, et ne doit entretenir de liens ni avec le mineur ni avec une partie, afin de garantir son impartialité. En outre, il doit également exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique, ou médico-psychologique[497]. Ainsi, les travailleurs sociaux et les psychologues sont les premières professions concernées pour exercer ce mandat, l'avocat étant totalement évincé de cette chargé, son rôle auprès de l'enfant étant de lui garantir l'exercice de son droit à être entendu, de faciliter son expression, et de l'accompagner dans cette épreuve, qu'elle se passe devant le juge ou devant une personne spécialisée pour l'accomplir.

Cette mesure d'instruction ne peut en accompagnée une autre telle qu'une expertise ou une enquête sociale. En effet, avant le décret de 2009, certains magistrats se dispensaient de l'audition du mineur lorsque ce dernier avait été entendu lors d'une enquête sociale[498]. Pourtant, cette mesure d'instruction est ordonnée par le juge afin de statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite, ou sur une décision confiant l'enfant à un tiers, pour recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions

[496] Article 338-9 alinéa 1CPC
[497] Article 338-9 CPC
[498] CA Lyon, 2 avril 2009, « *Du nouveau en matière d'audition de l'enfant* » E. BAZIN, JCP G 2009, 184

dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants[499]. Les dispositions du décret permettent de mettre fin à ce rapprochement entre audition de l'enfant et enquête sociale qui n'est plus permis.

L'audition de l'enfant est une mesure d'instruction rémunérée[500] et intégrée dans le calcul des dépens[501]. Sans oublier que si la personne spécialement désignée rencontre des difficultés lors de sa mission d'audition de l'enfant, elle doit en référer au juge sans délai[502]. Cette personne est chargée de rédiger un rapport dans lequel elle devra faire état des éléments qu'elle aura recueillis lors de l'audition du mineur.

En tout état de cause, que l'audition soit faite de manière directe ou indirecte, ces conditions d'exercice peuvent toujours être modifiées en cas de motif grave s'opposant à ce que le mineur soit entendu dans les conditions initialement prévues[503]. Cette disposition est essentielle au juge pour lui permettre de surmonter toute situation et de s'adapter aux changements d'attitude des parties ou de l'enfant entendu.

Il est dommage de confier l'audition à un tiers. Cela dénature le mécanisme permettant à l'enfant d'avoir un contact avec le juge, et donc que le juge soit en contact avec les parties. En outre, lorsque l'audition est effectuée par le juge, cette mesure n'est pas à la charge des parties contrairement à l'audition faite par un tiers.

§3 L'intervention d'acteurs d'aide à la décision

Ces acteurs doivent assimiler les principes directeurs du procès civil pour que leur intervention soit la plus bénéfique possible (1), chacun d'entre eux ayant des objectifs déterminés en fonction de leur spécialité (2).

[499] Article 373-2-12 C. civ
[500] Article R. 221-1 CPP
[501] Articles 695 et 11 CPC
[502] Article 338-10 CPC
[503] Article 338-11 CPC

1.Une intervention dans le cadre du procès familial équitable

Le contentieux de la famille est un contentieux de masse. Les nombreuses réformes sur le divorce, l'autorité parentale et la spécialisation des acteurs ont eu des incidences sur les rôles de chacun de ces acteurs dans le cadre du procès familial équitable. En effet, ils ne peuvent méconnaitre les principes directeurs du procès civil tel que la loyauté et le principe du contradictoire, qui doivent les guider afin de parvenir à la meilleure solution possible.

Pour ce faire, les professionnels amenés à intervenir dans le litige familial doivent adopter une attitude de fermeté et de pédagogie afin de pousser les parties à se libérer, et ce, dans le respect des principes du procès. En cas de méconnaissance de ces règles, le juge aux affaires familiales détient les outils nécessaires pour obtenir une information qui pourrait l'aider à résoudre le conflit, et que les parties ne désirent pas révéler. Pourtant, il est essentiel que les informations concernant les aspects patrimoniaux, personnels, et les enfants circulent, étant destinés à l'époux, au concubin, ou au parent. Pour y parvenir, un certain nombre d'acteurs spécialisés dans des domaines précis peuvent intervenir afin d'aider à la transmission de ces informations difficiles à dévoiler au magistrat. Le rôle de ce juge étant de garantir un procès équitable à chacune des parties au litige, il a la possibilité d'insérer divers acteurs dotés d'une mission précise, dans sa quête de la solution la plus favorable au conflit.

2. L'intervention d'acteurs aux objectifs définis

L'intrusion d'acteurs aux compétences diverses dans les conflits familiaux est tout d'abord une volonté de la pratique qui perdure depuis l'essai des chambres de la famille. Leur concours au sein de ces litiges a démontré une certaine efficacité dans l'apport d'informations essentielles nécessitant des professionnels qualifiés suivant les domaines : psychologique, sociaux ou bien encore matrimoniaux, ce qui a incité le législateur à les faire apparaitre dans les textes par la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce et à la création du juge aux affaires matrimoniales. Depuis, leur rôle n'a cessé de se développer et d'être précisé par la loi.

Ils peuvent intervenir à tout moment de la procédure, concomitamment ou à des périodes différentes dans le conflit. Leur immixtion nécessite un coût à ne pas ignorer. Ces frais

peuvent être avancés soit par les parties ou par le trésor, lorsqu'elles bénéficient de l'aide juridictionnelle.

Aujourd'hui, le juge aux affaires familiales peut faire appel à deux catégories d'acteurs : ceux ayant un rôle exclusivement destiné à l'appréciation de la situation et de l'intérêt de l'enfant (a), et ceux dotés d'un rôle mixte (b).[504]

a.Des acteurs dotés d'un rôle exclusif d'appréciation de la situation et de l'intérêt de l'enfant

Le premier professionnel à qui l'on pense dans ce domaine est l'expert chargé d'un examen médico-psychologique[505]. Les missions qui lui sont généralement confiées sont de procéder à l'examen psychologique des parents ainsi que de leurs enfants. En outre, il peut aussi lui être demandé d'effectuer un bilan médico-psychologique et/ou psychologique de leur personnalité, en décrivant leurs traits de caractère, et par la même, d'exprimer son avis sur la nature des relations que le ou les enfants entretiennent avec chacun de leur parent et réciproquement. Il peut être amené à donner son opinion sur la capacité de chacun des parents à éduquer le et/ou les enfants et à leur apporter l'équilibre nécessaire à leur développement, en précisant les risques éventuels pour ces derniers induits par leur personnalité. Il peut aussi faire toute proposition quant aux mesures utiles qui pourraient être prises dans l'intérêt de l'enfant, il peut se faire remettre toutes pièces utiles et pourra prendre communication du dossier médical des parents et de l'enfant si cela est nécessaire. Enfin, cet expert peut être invité à dresser des constatations et conclusions dans un rapport écrit établi en triple exemplaire qui devra être déposé au greffe des affaires familiales avant une date précise.

Les parties ne prendront connaissance de ses constatations que lorsque son rapport aura été déposé.

[504] C. LIENHARD, « *Procédures familiales et stratégie : procès familial équitable, les relations de l'avocat avec les acteurs de l'aide à la décision* », AJF 2007, p.347
[505] C. PERRIN, « *L'expertise judiciaire en droit de la famille* », AJF 2008, p.25

Les points de rencontre peuvent être appelés à intervenir dans le conflit familial, et sont exclusivement dédiés à la gestion des aspects contentieux relatifs à l'autorité parentale. Même si leurs objets juridiques ne sont pas identifiés, ils sont dotés d'une certaine utilité et d'une certaine efficacité. Des interrogations subsistent quant à leur mission et aux conditions de vérification d'exécution de cette dernière, sur le retour qui en est fait aux parents et à leurs avocats, et sur le discours qui peut ou doit être adopté entre les conseils des parties et le point rencontre dans le cadre de l'exécution de la mission qui lui est confiée.

L'expérience des points rencontre a été insérée dans les textes par la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, sans en préciser les aspects pratiques. Désormais, lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Dans l'hypothèse où l'intérêt de l'enfant le commande, ce droit de visite peut être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge[506].

L'enquêteur social peut aussi être amené à s'immiscer dans le conflit familial. Son rôle se situe toujours dans la zone de l'enfant mais avec un aspect économique dès lors que les rapports d'enquête abordent la question de la pension alimentaire.

Les missions qui lui sont en principe confiées sont de tenter de restaurer un dialogue entre les parents et d'obtenir tous éléments permettant de recueillir l'avis du ou des enfants face à la situation de la séparation, tous éléments permettant de répartir les droits et devoirs respectifs de leurs parents de la manière la plus appropriée pour l'intérêt de l'enfant et celui de la famille. Il peut également être invité à rendre un rapport écrit déposé au greffe des affaires familiales dans un délai de trois mois suivant la mise en œuvre de l'enquête.

Jusqu'à la publication du décret n°2009-285 du 12 mars 2009 relatif aux enquêteurs sociaux et à la tarification des enquêtes sociales en matière civile, le juge aux affaires familiales avait la possibilité de confier des mesures d'enquête sociale à une personne de son choix et taxer librement les frais et honoraires de l'enquêteur sur la base des diligences accomplies. Ce décret du 12 mars 2009 fût une véritable avancée, et notamment pour les juges aux affaires familiales puisque le principe de la rémunération des enquêtes sociale était fixé par arrêté. Cependant, la somme allouée à ces derniers était considérée comme largement insuffisante compte tenu des diligences qui leur étaient demandées. Le décret n°2011-54 du 13 janvier

[506] Article 373-9-3 C. civ

2011 modifiant le décret du 12 mars 2009 maintient le principe de la rémunération forfaitaire de l'enquête sociale en augmentant les tarifs et introduit une distinction opportune selon que l'enquête est réalisée par une personne physique ou une personne morale[507].

En outre, ce décret du 13 janvier 2011 précise et encadre le principe d'un référentiel des diligences devant être effectuées lors de l'enquête sociale. L'arrêté complémentaire fixe de manière précise, à l'exception de circonstances exceptionnelles, le nombre d'entretiens avec les parents et les enfants concernés, les conditions de déroulement et le contenu de ces entretiens, les diligences à accomplir vis-à-vis des tiers et la trame complète du rapport final[508].

Ce ne sont pas les seuls acteurs auxquels le juge aux affaires familiales peut faire appel. D'autres peuvent être sollicités, possédant un rôle mixte.

b.Des acteurs munis d'un rôle mixte

Le rôle du médiateur familial a été longuement évoqué. Son intervention au sein de la résolution des conflits familiaux peut être efficace. Et même si sa mission première est d'aider les parties à trouver un accord, il est acteur essentiel doté d'un statut, certains avocats ayant obtenu la validation de leurs acquis par l'obtention du Diplôme d'Etat de Médiateur familial.

Le notaire peut également intervenir en tant qu'expert dans le cadre de la dissolution du régime matrimonial des époux. Dans le cadre des mesures provisoires, l'article 255 10° du code civil précise qu'il est soumis à un certain nombre de dispositions du code civil en matière d'expertise qui implique une exécution personnelle de la mission, le respect des règles d'impartialité, d'objectivité et du contradictoire. Ce notaire désigné ne doit pas avoir connu directement ou indirectement au préalable la situation des époux en conflit, comme le notaire de famille, et ne doit avoir aucun contact direct ou indirect avec l'un ou l'autre des époux, sauf en cas de meilleur accord intervenu avec les avocats.

[507] L. GEBLER, « *La nouvelle tarification des enquêtes sociales ordonnées par le juge aux affaires familiales, ou l'art difficile de réformer en période de crise…* », AJF Mars 2011, p.149
[508] L. GEBLER, « *Enquêtes sociales : du nouveau* », AJF Février 2011, p.66

Ces acteurs ne sont pas tous présents dans les conflits familiaux. Mais dans l'hypothèse où ils sont tous appelés, cela ne fait –il pas beaucoup de monde autour du juge ? On assiste à une multiplication de personnes au nom de compétences ou d'un intérêt, partie ou non partie, qui ne sont pas juge et pas témoin. Mais ils sont auxiliaires, informateurs, avec pour les mineurs, des statuts procéduraux ambigus.

Bien entendu, c'est un cas extrême. Vu le nombre des divorces et des contentieux après divorce, ces compétences n'interviennent pas toutes autour du juge et des parties. Toutefois, sur le plan théorique, la diversité de ces acteurs est extrêmement grande, car il existe des intérêts contradictoires en jeu, nécessitant d'être tous entendus et défendus.

Il faut informer le juge, qui ne possède pas le temps et les moyens procéduraux de s'informer tout seul. Cela créé une justice assez complexe et paradoxale, même s'il est un juge unique et que l'on veut simplifier les procédures.

Construire une justice familiale rapide, efficace et accessible n'est pas simple, surtout lorsqu'il existe un marché des avocats, notaires, travailleurs sociaux, dont c'est le rôle.

CHAPITRE 2 : Les spécificités procédurales

Ce début de XXIème siècle révèle des bouleversements importants en matière de procédure familiale. Les conflits familiaux étant en constante augmentation, le législateur n'a plus d'autre alternative que de réfléchir sur de nouvelles techniques procédurales afin de faciliter leur traitement.

C'est dans ce contexte que la Commission Guinchard s'est vue attribuée la lourde tache de trouver des solutions pour que la justice familiale puisse répondre aux attentes du justiciable. Son rapport concernant la répartition des contentieux rendu en juin 2008 a donné lieu à plusieurs textes ou projets modifiant les pouvoirs du juge aux affaires familiales. En effet, ce magistrat vient de bénéficier de nouvelles attributions, lui déterminant une place centrale dans la création du pôle de la famille. Le texte principal dans ce domaine est la loi du 12 mai 2009 relative à la simplification et à la clarification du droit et à l'allègement des procédures qui lui confie la liquidation des régimes matrimoniaux des époux, auparavant détenue au tribunal de grande instance, et la tutelle des mineurs, autrefois de la compétence du juge des tutelles[509]. Une autre norme est venue le doter d'une nouvelle mission : la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, qui met en place des règles de procédure civile en la matière et durcit les sanctions pénales pour l'auteur de ces dernières.

D'autres spécificités procédurales se manifestent par les modes de preuves utilisés lors du traitement des conflits familiaux. Il est essentiel que le droit de la preuve maintienne un équilibre entre le respect de la vie privée, la liberté de parole, le principe du contradictoire et la recherche de la vérité. Ainsi, chaque mode de preuve doit être appliqué en respectant la prédominance de l'un de ces facteurs.

[509] Comme on l'a vu cf. supra p.129-137 et 188-191

Enfin la justice se voit contrainte de se mettre à jour des nouvelles technologies, ces dernières se mettant au service des professionnels du droit. Dernièrement, plusieurs réseaux privés virtuels ont vu le jour, dont le Réseau Privé Virtuel Justice et le Réseau Privé Virtuel Avocat, réseaux travaillant ensemble afin de faciliter les échanges de conclusions entre avocat, et la transmission des actes aux tribunaux. Même s'ils inspirent quelques craintes de la part des avocats, leur mise en place se fait progressivement. Nonobstant la rapidité qu'elles offrent dans la transmission des actes et des pièces, ces nouvelles technologies déshumanisent profondément les conflits familiaux et éloignent d'autant plus le juge du justiciable dans une matière où les contacts humains sont si importants. Il faudra du recul, une fois qu'ils fonctionneront convenablement pour se rendre compte des effets qu'ils auront dans ce domaine si délicat.

Les spécificités procédurales s'amplifient en augmentant les attributions du juge aux affaires familiales (S1), et se manifestent également par les modes de preuves utilisés dans ce domaine (S2). Les dernières en date sont l'insertion des nouvelles technologies dans le fonctionnement de la justice, et notamment dans le traitement des conflits familiaux (S3).

SECTION 1 : L'augmentation des pouvoirs du juge aux affaires familiales

Le dépôt du rapport de la Commission Guinchard a dévoilé de profondes modifications dans les attributions du juge aux affaires familiales. Divers textes en sont issus, révélant une augmentation importante de ces pouvoirs. Ainsi, il détient de nouvelles compétences en matière de liquidation des régimes matrimoniaux (§1), de tutelle des mineurs (§2) et dans le cadre des violences conjugales (§3).

§ 1.Les nouveaux pouvoirs du juge aux affaires familiales en matière de liquidation de régimes matrimoniaux

Ce transfert de compétences avait été largement évoqué par le rapport de la commission Guinchard relatif à la répartition des contentieux, dans le but de la spécialisation du juge et du traitement vertical des dossiers. En effet, ce rapport désirait permettre au juge aux affaires familiales de connaitre de la suite naturelle de la procédure de divorce en traitant de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux

Cette nouvelle compétence est issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 relative à la simplification et à la clarification du droit et à l'allègement des procédures[510], complétée par le décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009[511], et renforcée par la circulaire n° CIV/10/10 du 16 juin 2010, diffusée par intranet et donc réservée aux juridictions[512]. Le juge aux affaires familiales est désormais compétent dans ce domaine et de façon générale en ce qui concerne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux[513], à l'exception des cas de décès ou de déclaration d'absence. Ainsi, le tribunal de grande instance disparait pour laisser place à ce juge qui est dorénavant en charge, après le divorce, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux.

Il est le juge de la liquidation des intérêts patrimoniaux de tous les couples ayant reçu l'attribution pour la liquidation des régimes matrimoniaux et autres procédures rattachées au régime matrimonial, tel que le changement de régime matrimonial, mais aussi pour la liquidation des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires d'un pacte civil de solidarité, sauf, à nouveau en cas de décès ou de déclaration d'absence, où ici, le tribunal de grande instance garde sa compétence.

---

[510] L. n°2009-526, 12 mai 2009 : JO 13 mai 2009 ; Y. ROUQUET, « *Publication de la loi de simplification du droit* », D 2009, p.1332, A.-M. LEROYER, *« Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures »*, RTD Civ 2009, p.584

[511] F. VINCKEL, « *Aperçu rapide du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions* », Procédures n°2, Février 2010, p.39 ; M. DOUCHY-OUDOT, « *Régimes matrimoniaux et indivisions* », Procédures n°2, Février 2010, comm. 38

[512] J. CASEY, « *Liquidation et pouvoirs du juge aux affaires familiales : une circulaire discrète mais ferme !* », Gaz. Pal du vendredi 10 et samedi 11 septembre 2010, p.7

[513] Article L. 213-3 2° COJ

§2.Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de tutelle des mineurs

Suivant son objectif de simplification et de réorganisation efficace de la justice, le législateur met progressivement en place les recommandations du rapport du Recteur Serge Guinchard, déposé le 30 juin 2008. C'est le cas du « bloc familial », qui confère au juge aux affaires familiales de nouvelles compétences telles que la liquidation et le partage des indivisions conjugales précédemment analysés, mais aussi la tutelle des mineurs[514]. Cette nouvelle compétence lui est acquise depuis la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures prévoyant le transfert de la tutelle des mineurs du juge des tutelles au juge aux affaires familiales[515].

Désormais, toutes les décisions concernant l'autorité parentale et le patrimoine de l'enfant sont régies par le juge aux affaires familiales, juge destiné à devenir un véritable juge de la famille. L'article L.213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire précise que « le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs », lui octroyant également l'attribution d'intervenir en matière d'émancipation, d'administration légale et dans le cadre de la tutelle des pupilles de la nation. Grace à ce transfert, la saisine de deux juridictions distinctes concernant un même mineur n'existe plus, conférant à un seul juge saisi une vision entière de la situation familiale et patrimoniale de l'enfant. Ainsi, ce juge du tribunal de grande instance délégué aux fonctions de juge aux affaires familiales, traditionnellement compétent en matière d'autorité parentale, se voit rajouter des compétences affectées au tribunal d'instance et plus spécifiquement au juge des tutelles[516]. Le regroupement des compétences relatives à l'enfant entre les mains de ce magistrat permet de lui confier le bloc d'attribution en matière familiale autour d'un même pôle au sein des tribunaux de grande instance.

---

514 B. RAJOT, « *Le grand chantier de la justice française : le Recteur Serge Guinchard formule 65 propositions* », Responsabilité civile et assurances n°10, Octobre 2009, alerte 34

515 C. BLERY, « *Loi de simplification et de clarification du droit et allègement des procédures : aspects d'organisation judiciaire du contentieux familial* », Procédures n°7, Juillet 2009, alerte 38 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Infortune et regrets.- (à propos de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures : suite…)* », Dr. famille n°12, Décembre 2009, étude 33

516 V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille* », Dr. famille n°9, Septembre 2009, étude 29

§3.Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de violences conjugales : un juge protecteur

De nombreuses mesures concernant les violences conjugales au sein du couple ont été prises, notamment par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, dans laquelle l'article 220-1 alinéa 3 du Code civil permettait au juge aux affaires familiales d'autoriser la victime à rester dans le logement familial dans l'hypothèse de violences avérées. Cette protection s'est perpétuée dans la loi n°2006-399 du 4 avril 2006 en renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. Ce texte met l'accent sur le respect que se doivent les époux et reconnait le principe de l'aggravation de la peine en cas de violences commises au sein du couple, marié ou non. Enfin, l'auteur de violences conjugales s'est vu assujetti d'un suivi socio-judiciaire par la loi n°2007-297 relative à la prévention de la délinquance.

Cette lutte contre les violences conjugales a été renforcée par le législateur par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, précisée par son décret du 29 septembre 2010. Ce texte ne concerne pas que les couples mariés, mais tous les couples pacsés ou concubins, qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme, et intervient afin de pallier l'échec pratique du référé-violence de l'ancien article 220-1 du Code civil destiné qu'aux seuls couples mariés. Cet acte est remplacé par l' « ordonnance de protection » prise pour une durée de quatre mois, et rédigée par le juge aux affaires familiales, qui autorise une immixtion du droit pénal dans le droit civil de la famille, dotant ce dernier de certaines attributions pénales.

Cette réforme a entrainé certaines modifications civiles de la procédure en la matière (A), accompagnée d'un durcissement sévère de la répression des auteurs de violences conjugales (B).

A.Les modifications civiles de la réforme

Le législateur a crée un nouvel acte appelé « ordonnance de protection » (1) et a mis en place des règles de procédure civile dans ce domaine (2).

1.L'apparition d'un nouvel acte : l' « ordonnance de protection »

Pour que cet acte soit rendu, la procédure le concernant est dotée de conditions précises (a), et ce dans le but de protéger des personnes précises (b), et de prendre les mesures nécessaires à leur détresse (c). Enfin, afin de préserver l'intérêt de l'enfant, l'exercice de l'autorité parentale bénéficie d'un encadrement spécifique, compte tenu de la situation conflictuelle (d).

a.Les conditions d'exercice de cette procédure

Seul le juge aux affaires familiales est compétent pour délivrer cette ordonnance de protection, le demandeur étant la victime des faits de violence, ou le parent du ou des enfants victimes. Le ministère public détient aussi la possibilité de saisir le juge lorsqu'il a obtenu l'accord de la victime. Cette saisine aboutira que si la victime décide de se rendre à la convocation du juge aux affaires familiales.

Ce titre est octroyé lorsque deux conditions sont réunies[517] : la première est l'existence de raisons sérieuses de considérer comme vraisemblable la commission des faits de violence alléguée, et la seconde est le réel danger auquel la victime est confrontée. L'analyse de la rédaction de cet alinéa 1er de l'article 515-11 du Code civil permet de déduire que la présence de la conjonction de coordination « et » entraine que ces deux conditions sont cumulatives. En outre, le texte laisse entendre que les faits de violence doivent être réalisés au moins pour

[517] Article 515-11 alinéa 1 C. civ

partie pour légitimer la saisine du juge aux affaires familiales. Enfin les éléments apportés au débat doivent rendre « vraisemblables » et non « établis » les faits de violence invoqués, ce qui permet de sanctionner le conjoint et assimilé sur le seul fondement d'une vraisemblance et non d'une certitude. Il est néanmoins utile de préciser que même si la preuve est difficile en la matière, l'exigence de « raisons sérieuses » semble assujettir le juge aux affaires familiales à une motivation renforcée afin de justifier en quoi il estime que les faits de violence sont vraisemblables. Des pièces telles qu'un dépôt de plainte, un certificat médical ou bien encore des attestations seront un minimum essentiel afin d'appuyer son intime conviction, preuve nécessaire pour éviter que cette ordonnance de protection ne se métamorphose en arrêt de règlement.

b.Les personnes protégées par l'ordonnance de protection

La grande nouveauté de cette loi est la création de l'ordonnance de protection qui désormais bénéficie à tout membre d'un couple, qu'il soit marié, pacsé ou concubin, ou ancien membre d'un tel couple[518]. Le juge aux affaires familiales se trouve à nouveau confronté, comme lors de la loi du 12 mai 2009 s'agissant de la liquidation des indivisions entre concubins, à définir le couple de concubins, ce dernier n'étant pas clairement déterminé par les textes, tout en laissant le législateur continuer la construction progressive d'un droit commun du couple, en élargissant la compétence de ce juge en la matière[519]. Cependant, cette approche familiale de la protection n'est que partielle, puisque les faits de violence au sein de la fratrie, ou encore les violences subies par les parents, ou le beau-parent, du fait des adolescents, ne sont pas concernés par les dispositions de cette loi. En revanche, les faits de violences sur les enfants permettent de bénéficier de l'ordonnance de protection, le texte précisant « un ou plusieurs enfants », sans distinction, et il importe donc peu que l'enfant soit commun ou non.

[518] Article 515-9 C. civ

[519] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *La protection civile contre les violences étendue aux couples non mariés et séparés* », Dr. famille n°10, Octobre 2010, comm. 142

L'ordonnance peut également être réclamée par une personne majeure menacée de mariage forcé[520]. Sur ce point, le texte reste muet quant à la preuve à apporter, ce qui est surprenant, alors que pour les autres cas, il requiert une preuve « vraisemblable » pour les faits de violence. Dans ce cas, la charge de la preuve incombe au demandeur « actor incumbit probatio », règle générale à appliquer en matière civile, qui permettra au juge aux affaires familiales d'évincer les demandes non justifiées.

c.Les mesures susceptibles d'être prises

Par cette réforme, le juge aux affaires familiales peut prendre un certain nombre de mesures dans le domaine des violences conjugales prévues à l'article 515-11 du Code civil[521].

Désormais, il a la possibilité de pouvoir interdire à la partie défenderesse de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge, ainsi que d'entrer en relation avec elles, peu importe la manière employée. Il a aussi la faculté d'interdire à cette partie défenderesse de détenir ou de porter une arme et, le cas échéant, lui ordonner de remettre au greffe contre récépissé les armes qu'elle détient. Ces deux mesures ne sont pas inconnues, puisqu'elles peuvent être prises en droit pénal lors d'un contrôle judiciaire ou d'un sursis avec mise à l'épreuve. Cependant, cette intrusion du droit pénal prévoyant l'interdiction d'approcher une personne dans notre Code civil peut paraître étonnante.

Ce même magistrat peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal, et sur les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement. A l'exception de circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur de violences. Il est évident que cette disposition ne concerne que les couples mariés, mais qu'en est-il des « frais afférents » audit logement ?

[520] Article 515-13 C. civ

[521] E. BAZIN, « *Les nouveaux pouvoirs du JAF en matières de violences au sein des couples* », JCP G n°39, 27 septembre 2010, 957

Le législateur reste flou sur ce point et laisse apparaître un certain trouble quant à la distinction entre charges de jouissance, d'acquisition, et d'indemnité d'occupation, puisqu'à la première lecture du texte, ces derniers semblent se limiter aux charges de jouissance, dépossédant le juge aux affaires familiales de pouvoir se prononcer sur le crédit immobilier et l'indemnité d'occupation. Cette lacune textuelle risque d'engendrer des conséquences pratiques importantes, mais dans tous les cas, même si le défendeur à la propriété exclusive du logement conjugal, rien n'empêche le juge d'accorder la jouissance dudit logement au demandeur. Il en va de même dans l'hypothèse où le défendeur est le seul titulaire du bail, le demandeur pouvant devenir le seul occupant des lieux. Cela restera peu fréquent de par la cotitularité du bail prévue par l'article 1715 du Code civil, mais il suffira que cette cotitularité ne soit pas portée à la connaissance du bailleur pour que celle-ci ne s'applique pas. Qu'en est-il du bailleur, tierce personne à l'ordonnance de protection, et des répercussions de cet acte sur la solidarité ménagère de l'article 220 du Code civil ? Dans ce cas, le bailleur doit avoir connaissance du mariage de ses locataires, et la solidarité ménagère ne peut disparaitre. S'il consent à l'ordonnance, le juge aux affaires familiales peut condamner le défendeur au paiement du loyer, dont l'inexécution est constitutive d'un délit pénal puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende[522]. Si le défendeur manque de le payer, le bailleur est tout à fait libre de poursuivre le conjoint victime. Il est regrettable que les parlementaires n'aient pas trouvé un dénouement plus favorable à ce dernier, mais l'article 18 de la loi du 9 juillet 2010, modifiant l'article 66-I de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991, ne fait pas bénéficier de la trève hivernale au défendeur auteur de violences, pour échapper à son expulsion.

Ce juge peut notamment attribuer la jouissance du logement ou de la résidence du couple au partenaire ou au concubin qui n'est pas l'auteur des violences et préciser les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement[523]. Les mêmes remarques peuvent être faites s'agissant des couples non mariés. Toutefois, pour les partenaires d'un pacte civil de solidarité, c'est la solidarité de l'article 515-4 du Code civil qui laisse apparaître quelques inquiétudes, puisque rien ne semble rendre l'ordonnance opposable au tiers, en l'absence de dispositions spéciales sur cette difficulté, et le défendeur des violences ne peut prétendre bénéficier de la trève hivernale. Pour les concubins, le législateur contraint le défendeur à payer le loyer, alors qu'aucune contribution aux charges n'existe pour ce type de couple.

[522] Article 227-4-2 CP
[523] Ibid

Une autre mesure peut être ordonnée par le juge, qui peut se prononcer sur les modalités de l'autorité parentale et, le cas échéant, sur la contribution aux charges du mariage pour les couples mariés, sur l'aide matérielle au sens de l'article 515-4 pour les partenaires d'un pacte civil de solidarité et sur la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Lorsque des violences conjugales surviennent dans un couple ayant des enfants, le juge doit organiser la vie temporaire matérielle dudit couple et de ses enfants. Pour ce faire, le législateur a mis en place des mesures provisoires plus larges concernant les couples avec statut que pour les concubins, ne bénéficiant pas de la contribution aux charges.

L'article 511-1 6° du Code civil permet également à ce magistrat de la famille d'autoriser la partie demanderesse à dissimuler son domicile ou sa résidence et à élire domicile chez l'avocat qui l'assiste ou la représente ou auprès du procureur de la République près le tribunal de grande instance pour toutes les instances civiles dans lesquelles elle est également partie. Si pour les besoins de l'exécution d'une décision de justice, l'huissier chargé de cette exécution doit avoir connaissance de l'adresse de cette personne, cette dernière lui est communiquée sans qu'il puisse la révéler à son mandant. Lorsque la victime de violences risque de se faire harceler, voire pire, du fait de son action en justice, le législateur a mis en place une protection maximum pour le sauvegarder. Malgré toutes ces précautions, elles ne s'appliqueront que pendant la durée de l'ordonnance de protection prévue pour quatre mois.

Enfin, le juge peut prononcer l'admission provisoire à l'aide juridictionnelle de la partie demanderesse en application de l'alinéa premier de l'article 20 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. Ici, l'assistance juridique des victimes est renforcée, et les conduiront plus facilement à s'orienter vers un conseil, préférable aux vues des particularités de la procédure.

L'ensemble de ces mesures susceptibles d'être prises ne sont applicables que pour une durée maximum de quatre mois, et peuvent être prévues pour une durée plus courte. La seule prorogation possible concerne les couples mariés dans le cadre du dépôt d'une requête en divorce. Les partenaires d'un pacte civil de solidarité et les concubins ne bénéficient donc que d'une seule durée de quatre mois, laissant toute liberté au défendeur éloigné du domicile conjugal pendant tout ce temps, de reprendre vigoureusement ses habitudes, ce qui n'encouragera peut être pas la victime à utiliser cette possibilité.

Sur ce point, il est dommage que le législateur n'ait pas plus armé le juge face au non respect de son ordonnance de protection. Pourtant, il aurait pu s'appuyer sur le système américain : dans l'hypothèse où l'auteur de violences conjugales ne respecte pas l'ordonnance d'éloignement prononcée à son encontre, le juge prononce une injure à la cour « contempt of court », destinant ce dernier à l'emprisonnement[524]. Cette injure à la cour est plus sévère en cas de récidive, mesure coercitive qui n'existe pas en droit français. Il s'agit d'une différence de pouvoirs entre le juge anglais qui est plus armé que le juge français en la matière, mais c'est un début. A ce jour, tout ce que peut prononcer un juge civil français de plus fort, c'est une astreinte.

Dans le cadre de leur application, ces mesures peuvent toujours, et à tout moment, être reportées ou modifiées, et ce à la demande de l'une des parties ou du ministère public, après avoir invité chacune d'entre elles à s'exprimer.

d.L'autorité parentale

La loi du 9 juillet 2010 modifie les textes relatifs à l'autorité parentale en mettant beaucoup plus en avant l'intérêt de l'enfant[525]. Trois changements sont à relever dont celui de l'alinéa 3 de l'article 373-2-1 du Code civil, qui désormais prévoit que lorsque, conformément à l'intérêt de l'enfant, la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale l'exigent, le juge aux affaires familiales a la possibilité d'organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet. Ainsi, l'intérêt de l'enfant peut être un motif de refus de droit de visite. Le juge devra, in contracto, déterminer si l'intérêt de l'enfant nécessite ou non d'organiser un droit de visite dans un endroit neutre. Ce même article bénéficie d'un quatrième alinéa qui octroie au juge aux affaires familiales la faculté d'organiser au mieux la remise de l'enfant dans le contexte de l'ordonnance, remise directe qui, dans l'hypothèse d'un danger pour l'enfant ou le parent, peut être précisément aménagée afin d'offrir toutes les garanties indispensables.

[524] Site de l'ONU pour les femmes :www.unwomen.org/fr/

[525] I. CORPART, « *Intensification de la lutte contre les violences conjugales – Commentaire de la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010* », Dr. famille n°11, Novembre 2010, étude 28

L'article 378 du même code a également été révisé, changement réalisé en dehors de l'ordonnance de protection, puisque dans l'hypothèse ou les parents ont été condamnés soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complice d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent, la juridiction pénale ayant prononcé la condamnation peut décider du retrait de l'autorité parentale à l'encontre de l'auteur des faits[526]. L'intérêt de l'enfant est le facteur primordial d'appréciation de cette décision, qui sera plus simple à prendre lorsqu'il est prouvé que cet intérêt de l'enfant a été mis en péril par des violences commises sur sa personne ou sur celle de son autre parent. La loi remet en cause le dogme selon lequel ce n'est pas parce qu'on est un mari violent que l'on n'est pas un bon père de famille, et insinue, à l'inverse, qu'un mari violent peut être dangereux pour sa famille témoin des violences. La preuve reste difficile à rapporter, mais pourra s'avérer très utile dans les cas où elle sera possible.

Enfin l'article 373-2-11 du Code civil a bénéficié d'un sixièmement selon lequel les pressions ou violences à caractère physique ou psychologique, commises par l'un des parents sur la personne de l'autre, entre dans les éléments que le juge aux affaires familiales doit prendre en compte dans le cadre des modalités d'exercice de l'autorité parentale. Même si les violences inter-conjugales peuvent corroborer dans certains cas un retrait de l'autorité parentale, prévu à l'article 378 du même code, une interrogation persiste sur l'utilité de ces dernières qui interagiraient dans la fixation des modalités de l'autorité parentale sans la supprimer. Par conséquent, une décision pénale semble nécessaire pour pouvoir tirer des conséquences sur l'exercice de l'autorité parentale.

2. La mise en place des règles de procédure civile

Le décret du 29 septembre 2009 détaille l'ensemble des règles de procédure aux articles 1136-3 à 1136-13 insérés dans une section ter du chapitre V du titre Ier du livre II du Code de procédure civile. La saisine du juge aux affaires familiales peut se faire de plusieurs manières (a), qui une fois saisi applique la procédure de ces conflits familiaux (b).

[526] M. DOUCHY-OUDOT, « *Nouvelle compétence du juge aux affaires familiales : l'ordonnance de protection issu de la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010* », Procédures n°10, Octobre 2010, alerte 37

a.Sur la saisine du juge aux affaires familiales

Ce magistrat peut être saisi par le parquet en accord avec la victime. Dans l'hypothèse où c'est la victime qui agit, deux possibilités s'offrent à elle[527]. Elle peut le saisir par requête remise ou adressée au greffe, qui doit contenir, en plus des modalités de forme prévues à l'article 58 du Code de procédure civile, un exposé sommaire des motifs de la demande et, en annexe, les pièces sur lesquelles celle-ci est fondée. L'ensemble de ces exigences sont prescrites à peine de nullité. Ici, le ministère public est avisé par le greffier. Elle a également la possibilité de présenter une assignation en la forme des référés, qui en plus des mentions de l'article 56 du même code, doit inclure la date d'audience, et en annexe à peine de nullité, les pièces sur lesquelles la demande est fondée, pour être ensuite dénoncée au parquet.

Même si les dates d'audience sont parfois un peu éloignées, l'assignation semble la solution la plus rapide pour Eric Bazin, juge aux affaires familiales à Orléans, et laisse un laps de temps nécessaire au défendeur pour qu'il puisse préparer sa défense[528]. La victime doit logiquement espérer que la procédure soit la plus rapide possible, mais il est primordial que les droits de la défense soient préservés et bien respectés.

b.Le déroulement de la procédure

Cette procédure est orale, les parties se défendant elles-mêmes, parties qui peuvent toujours se faire assister ou représenter par un avocat. Toutefois, le juge aux affaires familiales a la possibilité d'ordonner la comparution personnelle d'une partie pour l'entendre séparément ou en présence de l'autre[529]. Ici, le juge agit de manière à limiter les confrontations délicates, tout en veillant à la bonne application du principe du contradictoire. Il devra rendre compte des déclarations faite par l'autre, et nécessitera plusieurs auditions afin de respecter le contradictoire. Une audience unique en présence des parties sera sans nul doute plus efficace.

[527] Ibid

[528] E. BAZIN, « *Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples* », JCP G n°39, 27 septembre 2010, 957

[529] Article 1136-6 alinéa 4 CPC

L'ordonnance prise à la suite de cette ou ces auditions est valable pour une durée de quatre mois maximum, le juge ayant l'obligation de préciser dans ces quatre mois la durée qu'il attribue aux mesures qu'il prend. A défaut de précision de ce délai, l'ordonnance prendra systématiquement fin à l'issue desdits quatre mois après sa notification, qui peut être faite soit par lettre recommandée avec accusé de réception si le juge le décide, soit par la voie administrative en cas de danger grave et imminent pour une personne concernée par l'ordonnance.

Elle est susceptible d'appel dans les quinze jours suivant sa notification, comme le prévoit l'article 1136-11 du Code de procédure civile.

S'agissant de la demande de main levée ou de modification, elle peut être formée dans les mêmes formes que la demande initiale, soit par requête ou soit par assignation en la forme des référé, et dans l'hypothèse où un appel est pendant, la demande de modification ou de mainlevée doit être remise ou adressée au secrétariat de la cour d'appel.

Dans le cadre de l'incidence d'une demande en divorce, l'article 1136-13 du Code de procédure civile est incomplet, mais permet de laisser sous entendre une distinction. En effet, si l'ordonnance de protection est rendue avant la requête en divorce, les mesures décidées en application de l'article 515-11 1°, 2° et 3° du Code civil[530] suspend ses effets à compter de la notification de l'ordonnance de non conciliation. En outre, si cette ordonnance de protection est demandée en même temps que les mesures provisoires, ou pendant l'application de ces dernières, la demande est recevable, seule une instance séparée devra être effectuée. Deux décisions devront être rendues, l'ordonnance de protection et l'ordonnance de non conciliation. Si elles sont audiencées en même temps, les décisions rendues seront similaires vis-à-vis des 3°, 4° et 5° de l'article 515-11, puisque l'ordonnance de non conciliation a vocation à se substituer à l'ordonnance de protection une fois qu'elle a été notifiée. Pour le 1°

[530] 1° Interdire à la partie défenderesse de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge aux affaires familiales, ainsi que d'entrer en relation avec elles, de quelque façon que ce soit ; 2° Interdire à la partie défenderesse de détenir ou de porter une arme et, le cas échéant, lui ordonner de remettre au service de police ou de gendarmerie qu'il désigne les armes dont elle est détentrice en vue de leur dépôt au greffe ; 3° Statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal et sur les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement. Sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences ;

et le 2°, s'ils sont décidés par le juge, ils produiront leurs effets en concurrence de l'ordonnance de non conciliation, permettant de renforcer la résidence séparée par l'interdiction d'approcher le demandeur et/ou de porter une arme[531].

Ainsi, le demandeur peut solliciter une fixation des mesures provisoires au moyen d'une procédure à jour fixe, alors que dans le cadre de l'ordonnance de protection, il ne peut agir qu'en obtenant une date de référé.

Peu importe la tentative utilisée, la procédure de divorce offre une extension non négligeable de la durée des mesures prises en application de l'ordonnance de protection, étant donné que ces dernières sont destinées à s'appliquer jusqu'à l'obtention d'une décision de divorce passée en force de chose jugée. Cependant, cette ordonnance de protection peut être modifiée ou rapportée, toujours est il que les couples mariés bénéficient d'une situation privilégiée comparés aux autres couples, qui ne coïncide par forcément avec les ambitions du législateur.

Cette loi qui a doté le juge aux affaires familiales de multiples compétences lui permet de devenir également le juge de la protection des victimes de violences conjugales. Grâce à eux, ses attributions se rapprochent à celles du juge pénal, qui laisse apparaitre une confusion et peut nuire à la lisibilité du texte. La partie pénale démontre l'ambition du législateur de poursuivre les auteurs et de veiller à leur non récidive. Il faut remarquer que les juges qui s'occupent des contentieux familiaux sont calqués sur le modèle du juge aux affaires familiales. Sur cette nouvelle attribution de compétence, c'est le juge aux affaires familiales qui se calque sur le juge des enfants, en se dotant d'une casquette civile et d'une casquette pénale, et par conséquent en se munissant de l'ensemble la palette de l'ordre juridique.

Le législateur fait preuve d'une évolution souhaitable, suivant d'autres systèmes juridiques qui se sont engagés dans cette voie. Dans ce domaine des violences inter conjugales, l'efficacité passe par un accroissement des pouvoirs du juge, la justice douce ou les modes alternatifs de règlement des conflits étant totalement insuffisants. La nécessité d'une « pénalisation » qui ne passe pas par l'augmentation des délits dans le Code pénal, mais par la mise en place de techniques procédurales, avec un juge saisissable immédiatement avec un minimum de garanties est essentielle. Il est probable que les pratiques diffèrent selon les juges

[531] A. GOUTTENOIRE, C. COUTANT-LAPALUS, H. BOSSE-PLATIERE, Y. FAVIER, « *Droit de la famille* », JCP G n°1, Janvier 2011, 29

mais il existera une arme. L'intégrer par le biais de la procédure est une bonne idée, mais pour qu'elle soit efficace, il est nécessaire d'avoir les moyens adéquats.

B.Le développement de la pénalisation

Lorsqu'un parent se trouvait condamner pour crime contre la personne de l'autre parent, le juge pénal a la faculté de lui retirer l'autorité parentale. Cette nouveauté complète le cas de retrait par la loi n°2010-121 du 8 février 2010 relative à l'inceste[532], puisqu'une décision expresse du juge pénal permet de retirer l'autorité parentale aux père ou mère condamnés pour crime ou délit commis sur la personne de leur enfant. Ainsi, comme le prévoir l'article 222-31-2 du Code pénal issu de la loi du 8 février 2010, « lorsque le viol incestueux ou l'agression sexuelle incestueuse est commis contre un mineur par une personne titulaire de l'autorité sur celui-ci de l'autorité parentale, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité parentale en application des articles 378 et 379-1 du Code civil. Ce retrait de l'autorité parentale peut également être ordonné lorsque la condamnation vise la personne de l'autre parent et non plus de l'enfant. La loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale avait déjà introduit l'idée d'imposer le respect de l'un des parents par l'autre[533]. Cette idée se prolonge par ce nouveau texte.

La loi du 9 juillet 2010 vient préciser le Code pénal et le Code de procédure civile en la matière par divers textes modifiant les incriminations (1), consolidant les sanctions encourues en cas de comportements violents et donnant également naissance à de nouvelles pénalités (2).

[532] A. BOURRAT-GUEGUEN, « *Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal* », Dr. famille 2010, étude 15

[533] Articles 373-2-11 et 373-2 C. civ

1.La création de nouvelles incriminations pour l'auteur de violences conjugales.

Les actes violents commis, même au sein du couple, faisaient déjà l'objet de poursuites pénales[534], la nouveauté est d'inclure dans le texte de loi les violences psychologiques., comme c'est le cas dans l'article 373-2-11 du Code civil qui désormais prévoit que « les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre », précisées spécifiquement par l'article 222-14-3 du Code pénal crée par cette dernière loi qui énonce que les violences doivent être réprimées, « y compris s'il s'agit de violences psychologiques. » La jurisprudence condamnait ce type de violences psychiques, sans réel fondement textuel[535] : dorénavant, elle en possède un. Cette dimension psychologique est renforcée par l'article 222-13 du Code pénal, qui, en l'absence d'atteinte physique, de chocs émotifs ou de perturbations psychologiques de nature à intimider la victime pourront être sanctionnées en se basant sur ce texte[536], modifié par la loi du 9 juillet 2010 puis par la loi du 9 août 2010[537].

Concurremment, le législateur incrimine pour la première fois le harcèlement moral dans les relations entre conjoints, concubins ou partenaires, ou ex-conjoint ou compagnon, en cas de dégradation dans les conditions de vie entrainant une altération de la santé physique ou mentale, et puni leur auteur de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende[538].

Le droit français ne s'était préoccupé que des agressions physiques, il s'est aujourd'hui penché, comme le démontre les dernière réformes, sur les victimes de pressions psychologiques, plus sournoises, intervenant principalement dans l'intimité des couples. Difficiles à prouver, pour établir l'existence de vexations, de paroles blessantes, d'injures ou bien encore d'atteintes ne laissant paraitre aucune trace visible, il ne reste pas moins que ces agressions psychologiques sont prévues et punies par les textes, même si de simples pressions seront insuffisantes pour les qualifier comme telles.

[534] C. POMART-NOMDEDEO, « *Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses* », Dr. famille 2010, étude 20
[535] Cass, Crim., 18 mars 2008, n°07-86.075 ; Bull. crim. 2008, n°65
[536] Cass, Crim., 3 juin 2010, n°09-84.801
[537] L. n°2010-930, 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale : JO 10 août 2010
[538] Article 222-33-2-1 CP

La suppression de la présomption du consentement des époux à l'acte sexuel dans la continuité de la reconnaissance de viol entre époux prévu par la loi du 4 avril 2006, qui prévoyait dans son article 222-22 alinéa 2 du Code pénal que « la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve contraire ». Aujourd'hui, le fait que l'auteur de viol vive sous le même toit que la victime n'a plus aucune incidence.

Il reste encore de quoi faire en matière d'incrimination des violences inter familiales. Auparavant, on ne reconnaissait pas le viol entre époux. Il n'y avait pas de vol entre époux, puisqu'il existait une immunité entre époux par le lien conjugal. Aujourd'hui, il est essentiel d'insérer des comportements graves dans le Code pénal en la matière. Les mœurs changent et le regards changent sur les familles recomposées. Les langues se délient. Le pénal entre dans le civil, parce que la justice a désormais connaissance de ce qui se passe dans les familles, d'où la nécessité d'adapter le droit. Le XXème siècle a créé le juge des enfants qui va dans le sens d'un mouvement général de pénalisation des relations juridiques, sauf en droit des affaires où on dépénalise. Le XXIème assiste à la révélation des comportements délictueux inter familiaux, ainsi qu'à leur pénalisation dans les textes, et ce n'est qu'un début.

2.La naissance de nouvelles pénalités concernant les violences conjugales

Le juge pénal se voit doter de nouvelles armes pénales afin de sanctionner plus sévèrement les auteurs de violences, en prévoyant avant tout, une aggravation des peines encourues. Désormais, les peines prévues pour un crime ou un délit sont alourdies en cas d'infraction commise au sein du couple marié ou non, mais aussi lorsqu'elles sont commises par un ancien conjoint, partenaire ou concubin[539]. La circonstance aggravante du lien familial, qu'il soit actuel ou que le couple soit séparé, a été insérée dans les textes par la loi du 4 avril 2006. La loi de 2010 l'enrichie en visant les faits qualifiés de contravention.

[539] Article 132-80 CP

Dans l'hypothèse où des menaces sont proférées à l'encontre du conjoint, du partenaire ou du concubin, les sanctions sont ici endurcies par deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende, l'auteur des menaces pouvant aussi se voir condamné à une peine de suivi socio-judiciaire.

Le passé de la famille est pris en compte par le législateur, lorsque les brutalités, menaces et pressions sont devenues habituelles, dans ce cas, c'est une circonstance aggravante accompagnée de pénalités toutes autant sévères[540].

Dans le cadre de la violation des ordonnances prises par le juge aux affaires familiales en cas de violences conjugales, deux nouveaux délits ont été créés. Ainsi, le fait pour une personne de ne pas respecter les obligations ou interdictions mentionnées dans l'ordonnance de protection rendue par le juge aux affaires familiales est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende[541]. En outre, si l'intéressé ne notifie pas son changement de domicile alors qu'il a été condamné à verser une contribution ou des subsides, l'auteur risque six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende.

Le législateur a aussi prévu des mesures afin d'éloigner l'auteur de violence par le biais d'un placement sous surveillance électronique mobile[542] et, par le contrôle judiciaire à l'encontre duquel il a été prononcé, lorsqu'il existe des raisons qui laissent supposer que la personne concernée a manqué à ses obligation, dans ce cas les services de police et de gendarmerie peuvent l'appréhender[543]. Toutes ces précautions sont prévues afin de protéger la victime de ces violences conjugales de la dangerosité de leur auteur.

Concernant la médiation pénale, elle ne peut plus être proposée, puisque les parties doivent être sur un pied d'égalité. Elle reste néanmoins prévue lorsque la victime en fait la demande, ou que son accord soit requis pour avoir recours à ce procédé[544], en sachant que la saisine du juge aux affaires familiales par la victime et l'ordonnance de protection rendue par ce dernier vaut décision de ne pas se soumettre au processus de médiation pénale.

[540] Article 222-14 4° CP
[541] M. DOUCHY-OUDOT, « *Quelle protection contre les violences au sein du couple ?* », Procédures n°12, Décembre 2010, étude 9
[542] Articles 142-12-1 et 131-36-12-1 CP
[543] Article 141-1 CP
[544] Article 41-1 5° CPP

Enfin dans le cas où les violences au sein du couple se transforment en brutalités, pressions ou harcèlement, les victimes peuvent être entendues et secourues.

On assiste à une « pénalisation » du droit de la famille, par la présence de ce mélange de procédure civile et de procédure pénale, alors que le juge aux affaires familiales est sensé ne traiter que de l'aspect civil. La violation est constitutive d'une infraction pénale, mais la sanction reste civile dans le but de protéger l'intérêt de la famille.

L'efficacité de cette mesure est renforcée par une infraction pénale qui est une arme afin d'assurer l'efficacité d'une sanction civile, comme la non représentation d'enfant ou l'abandon de famille.*

Par cette réforme, le juge aux affaires familiales devient un juge pénal qui n'exerce pas que de la justice douce, puisque désormais, il peut être amené à prendre des mesures répressives comme c'est le cas en matière de violences conjugales. Il appartiendra à chaque juge aux affaires familiales de les apprécier.

La famille est loin d'être une zone de paix, c'est pour cela, que le juge aux affaires familiales est désormais un juge doté de plus en plus de moyens pouvant être nécessaires, et qui parfois laisse intervenir d'autres acteurs.

La vision n'est pas angélique, mais n'est pas catastrophique non plus. Elle doit être réaliste, et dévoile un juge aux affaires familiales modernisé, capable de s'adapter à l'évolution des familles.

SECTION 2 : Les modes de preuves utilisés dans le cadre des conflits familiaux

Les modes de preuve utilisés en la matière répondent à un objectif précis : maintenir un équilibre entre le respect de la vie privée, la liberté de parole, le principe du contradictoire et la recherche de la vérité (§1). Ainsi, ils interviennent dans la procédure en fonction de la prédominance de ces principes (§2).

§1.L'objectif de ces divers modes de preuves.

Les conflits familiaux laissent parfois apparaitre une forte animosité entre les parties, qui peut devenir néfaste à la production des pièces nécessaires au débat. Pour cela, il est indispensable que le juge aux affaires familiales veille à la bonne application des principes généraux du procès civil.

Divers modes de preuves sont utilisés pouvant laisser certains principes se contredirent. Un époux peut être tenté de violer la vie privée de son conjoint afin de prouver qu'il est victime d'un adultère, pour cela il peut utiliser des procédés déloyaux. Afin de préserver la vie de chaque conjoint, les textes et la jurisprudence ont mis en place un certain équilibre dans la production des pièces lors de différends familiaux, afin de préserver la vie privée, la liberté de parole, le principe du contradictoire et la recherche de la vérité, essentiels au bon déroulement de tout litige familial.

§2. Des modes de preuve utilisés en fonction de la prise en compte de certains principes.

Ils interviennent pour assurer la protection de la vie privée (A), la recherche de la vérité (B), la liberté de parole (C), ou le principe du contradictoire (D).

A.La protection de la vie privée et de la dignité des liens parentaux.

Ici la primauté du droit de la preuve joue sur le droit au respect de la vie privée, à condition que la preuve apportée ne soit pas acquise par fraude ou violence (1). Cette vie privée est également préservée lorsque des constats sont établis par des professionnels du droit, ces derniers devant être effectués dans certaines conditions pour qu'ils soient recevables (2). Dans le cadre d'une procédure de divorce, les enquêtes sociales sont interdites en tant que preuve pour éviter un usage abusif des investigations réalisées dans l'intérêt des enfants (3). Enfin, ces preuves doivent être régulières, c'est ainsi, que le législateur refuse le témoignage des descendants sur l'affaire concernant leurs parents (4).

1.L'article 259-1 du Code civil et les pièces acquises par fraude ou violence

Ce texte précise qu' « un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou par fraude. » Cette disposition ne vise plus seulement les lettres échangées avec un tiers mais fait aussi référence aux écrits personnels appartenant à un conjoint comme son journal intime ou encore des communications électroniques. Le législateur a ici tenu à confirmer la position de la Cour de cassation sur la primauté du droit de la preuve par rapport au droit au respect de la vie privée sous réserve du respect du principe de la loyauté. L'acquisition par violence ou fraude, conduit à écarter des débats la preuve sur laquelle repose la demande en divorce, et met en valeur la forme la plus sensible du conflit

entre le droit à la preuve et le droit au secret de la correspondance et au respect de la vie privée. Cette mésentente est réglée par une solution dérogatoire au droit commun[545]. Pour cela, le juge doit s'interroger sur la façon par laquelle l'époux s'est procuré le document qu'il présente pour justifier sa demande. S'il s'avère que les moyens utilisés sont irréguliers, il a la faculté de prononcer l'exclusion des éléments de preuve.

Par principe, l'usage de techniques d'enregistrement téléphonique constitue assurément par nature une manœuvre déloyale, la Cour de cassation a commencé par sanctionner les juges du fond qui acceptaient comme preuve des enregistrements téléphoniques sans relever les conditions dans lesquelles ils avaient été acquis[546]. Aujourd'hui, cette même cour considère l'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de son auteur comme étant un procédé déloyal qui rend irrecevable cette preuve[547]. Toutefois, il n'est pas interdit à l'huissier de justice d'enregistrer les messages téléphoniques laissés sur le répondeur ou le téléphone portable, son auteur ne pouvant ignorer que son message peut être enregistré et donc être retranscrit.

Ainsi, la loyauté des débats peut être remise en question lorsque les pièces sont obtenues par fraude ou par violence. La jurisprudence a du se prononcer sur la recevabilité des SMS produits par l'époux bafoué et trompé. Un premier arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 mai 2007 a accepté le SMS comme procédé loyal de preuve, l'auteur présumé dudit SMS ne pouvant ignorer que le message envoyé sur le portable du destinataire pouvait être enregistré en guise de preuve[548]. Elle s'est à nouveau prononcé sur ce point dans un arrêt le 17 juin 2009[549], dans lequel elle rappelle le principe de la liberté de la preuve en matière de divorce, en précisant que la production en justice par une épouse d'un SMS reçu sur le téléphone portable professionnel de son mari ne pouvait pas être écartée en opposant une atteinte à la vie privée, du moment qu'il n'était pas démontré qu'il avait été obtenu par violence ou par fraude[550].

---

[545] M -B MAIZY, C. CADARS BEAUFOUR, « *Incidence procédurale de la faute* », AJF Février 2011, p.74

[546] Cass, Civ 2ème, 24 janvier 1996, Bull. civ. II, n°10

[547] Cass, Civ 2ème, 7 octobre 2004, D. 2005, p.122, note P. BONFILS ; RTD civ 2005, p.135, obs. J. MESTRE et FAGES ; JCP G 2005, II, p. 10025, note N. LEGER

[548] Cass, Soc, 23 mai 2007, n°06-43.209, Bull. civ. V, n°85 ; JCP 2007. II. 10140, note L. WEILLER ; RTD Civ. 2007. 776, obs. FAGES

[549] Cass, Civ 1ère, 17 juin 2009, n°07-21.796; D. 2009, 1758, obs. EGEA

[550] E. ALBOU, « *Les modes de preuve électronique dans la procédure de divorce ou de séparation* », AJF 2009 p.344

Cet arrêt suit la jurisprudence antérieure rendue dans ce domaine s'agissant de la production de journaux intimes ou de courriels, qui ne peuvent, en l'absence de démonstration d'une obtention frauduleuse, être évincés des débats en prétextant le secret des correspondances ou de l'atteinte à la vie privée.

Qu'en est-il des emails ? Ils constituent également une correspondance privée et sont tout autant soumis au secret des correspondances. Le droit du divorce met en place un véritable droit de la preuve fragilisant la protection de la vie privée. En effet, la preuve étant à la base privée, elle porte automatiquement atteinte à la vie privée. Ainsi, la Cour de cassation se prononce pour l'admissibilité de la preuve de la faute, cause de divorce, par courriels ou par des emails et rejette l'idée selon laquelle la production de courriels constituerait une atteinte au secret des correspondances et à la vie privée[551].

Enfin, s'agissant de la preuve de la faute, cause de divorce, acquise sur des réseaux sociaux, l'huissier de justice a pour mission de dresser un constat en ligne respectant les mêmes formalités que précédemment. Il est certains que les conjoints qui prennent le risque de dévoiler leur infidélité sur leur blog ou les réseaux sociaux offrent des arguments précieux aux avocats spécialistes de la famille lorsque ces derniers sont à la recherche de preuves concernant les fautes commises.

2.Les constats établis à la demande d'un époux dans le cadre d'une violation de domicile ou d'une atteinte illicite à l'intimité de la vie privée.

L'article 259-2 du Code civil précise que la production de constats est susceptible d'être écartée lorsqu'il existe une atteinte à la vie privée, soit de celle d'un des époux, soit d'un tiers.

La jurisprudence a, quant à elle, précisé qu'un constat d'adultère établi par un huissier de justice dans un lieu privé, dans le but de permettre à un époux de se constituer une preuve de la violation de son obligation de fidélité à son égard, était une atteinte licite à l'intimité de la

[551] Cass, Civ 1ère, 18 mai 2005, Dr. famille 2005, comm. n°185, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, Defrénois 2005, art.38221, p.1342, obs. J. MASSIP

vie privée lorsqu'elle était autorisée par décision de justice[552]. La défense de l'époux sujet de ce constat, fondée sur l'article 9 du Code civil, n'a aucune chance. Il est certain que le constat d'adultère dressé par un huissier de justice est une atteinte au droit de la vie privée. Cette preuve est néanmoins admise par la jurisprudence, mais si elle se trouve entre deux droits rivaux, le droit au respect de la vie privée, et le droit à la preuve. Ainsi, dans le but d'établir la cause du divorce, la jurisprudence consent à un recul de la vie privée. De par les liens du mariage, l'intimité et la liberté se trouvent restreintes, et conduisent à rapporter la preuve de la faute commise par l'un des époux, dont l'adultère, qui l'emporte sur le droit au respect de la vie privée. De ce fait, le constat d'adultère portant atteinte non seulement à la vie privée du conjoint infidèle, mais aussi du tiers, reste largement autorisé par la jurisprudence, lorsque ce mode de preuve reste l'unique moyen de démontrer l'adultère de l'un des conjoints[553].

La solution peut être différente en matière de rapports effectués par un détective privé, les juges étant ici tenus de vérifier si les conditions dans lesquelles ils ont été établis ne portent pas illicitement atteinte à l'intimité de la vie privée notamment par une violation de domicile. L'admission de cette preuve relève également de l'appréciation souveraine des juges du fond[554], qui se contente rarement de ce seul élément, certains juges restant très réservés sur ce genre de pièce. La Cour de cassation précise que l'admission d'une telle preuve est subordonnée à la condition que cette immixtion dans la vie privée ne soit pas disproportionnée par rapport au but poursuivi[555]. En outre, l'article 259-1 du Code civil s'appliquant à tous les éléments de preuve versés aux débats en matière de divorce, le rapport produit sera examiné par le juge afin de savoir s'il n'a pas été obtenu par fraude ou par violence.

[552] Cass, Civ 2ème, 5 juin 1985, n°83-14.268 ; Cass, Civ 1ère, 18 novembre 1992, n° 90-19.368, Bull. civ. I, n°285 ; Defrénois 1993. 712, obs. MASSIP

[553] E. BAZIN, « *L'huissier de justice au service de la preuve en matière de divorce* », Procédures n°10, Novembre 2010, p.286

[554] Cass, Civ 2ème, 11 janvier 1978, D. 1979. IR. 168 ; Cass, Civ 1ère, 18 mai 2005, AJF 2005, p. 403, obs. DAVID

[555] Cass, Civ 2ème, 3 juin 2004, Bull. civ. II, n°273 ; D. 2004. Jur. 2069, note RAVANAS ; RTD civ. 2004. 736, obs. MESTRE et FAGES

3.La prohibition des enquêtes sociales comme élément de preuve en matière de divorce

L'enquête sociale est prohibée dans le débat sur la cause du divorce, comme le prévoit l'article 373-2-12 du Code civil. Ce texte s'explique afin d'éviter un usage abusif des investigations réalisées dans l'intérêt des enfants, même si certains étonnements peuvent survenir lorsque le juge aux affaires familiales rejette la demande en divorce, faute de preuve suffisante, alors qu'il est clairement établi par l'enquête sociale que l'époux incriminé a une relation avec une tierce personne.

Même si les enquêteurs sociaux doivent suivre certaines consignes, il est délicat pour eux de ne pas faire état de faits ayant des répercussions directes sur la vie des enfants et sur les perspectives relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il est étonnant de remarquer que cette interdiction n'a pas été étendue aux autres mesures d'investigation pouvant être ordonnées par le juge, et notamment aux expertises psychologiques ou psychiatriques, durant lesquelles les parents peuvent aussi être amenés à donner des éléments d'information intéressant la cause du divorce, autant que leurs enfants.

4.Le cas des attestations irrégulières et des témoignages des descendants sur les accusations invoquées par les époux :

Les attestations, prévues aux articles 200 et suivants du Code de procédure civile, sont les premières pièces qui peuvent être produites au débat, et font partie des modes de preuves privilégiés surtout lors d'un divorce pour faute. Elles sont souvent écrites par des proches ou des membres de la famille des époux, et le juge aux affaires familiales doit rester vigilant et les analyser avec prudence.

Certaines sont automatiquement déclarées irrecevables quand leur auteur n'a pas la capacité de la délivrer, comme une attestation rédigée en violation du secret professionnel, ou une attestation écrite par des personnes qui ne remplissent pas les conditions requises pour être entendues comme témoins.

D'autres vont poser quelques problèmes quant à la forme, qui ne sont pas prescrites à peine de nullité ou d'irrecevabilité. Il peut s'agir d'une absence de date sur ladite attestation, ou une absence de mention du lien de parenté ou de lien de subordination éventuel avec l'une des parties, ou encore, une absence de mention précisant qu'elle est rédigée en vue de sa production en justice et qu'elle expose l'auteur à des sanctions pénales en cas de fausse attestation, de rédaction non dactylographiée et non manuscrite ou d'absence d'un document d'identité. Il revient au juge aux affaires familiales d'apprécier si l'attestation contient des garanties suffisantes pour emporter sa conviction ou l'évincer. C'est la même chose en cas d'attestation dont l'auteur n'a pas personnellement constaté les faits reprochés.

Mais surtout quant aux descendants, l'article 259 du Code civil prévoit qu'ils ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux. La jurisprudence étend cette prohibition à toute forme de relation de la parole ou des sentiments exprimés par des descendants en ligne directe ou par leur conjoints relativement aux griefs soulevés par les époux lors de la procédure de divorce, qu'il s'agisse d'attestation ou de production de documents comme des courriers, des courriels, des SMS ou bien encore des témoignages de tiers. Il est en effet choquant que les enfants puissent intervenir pour s'expliquer sur le comportement de leurs parents dans le cadre de leur conflit, même si c'est la seule façon de prouver la réalité de la dégradation de leur couple : ici, la relation familiale l'emporte, qui justifie que ces moyens de preuve rencontrent le respect que les enfants doivent à leurs parents. Cette interdiction faite aux descendants d'être entendus sur les griefs invoqués par les époux dans le cadre de leur procédure de divorce a récemment fait l'objet d'une confirmation par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 mai 2011[556]. Essayer d'utiliser la parole de l'enfant pour incriminer l'un des époux dans la procédure les concernant ne trouve pas grâce aux yeux de la Cour, et la protection de l'intérêt de l'enfant mineur ou majeur des conflits qui concernent ses parents reste primordiale

Toutefois, cette interdiction n'est pas générale et absolue, puisqu'elle ne s'applique que dans le cadre des procédures de divorce et non à toutes les procédures familiales, et ne prohibe pas l'expression directe ou indirecte des descendants sur d'autres points du conflit, comme la pension alimentaire ou la prestation compensatoire, ou bien encore dans le cadre de l'audition

[556] Cass, Civ 1ère, 4 mai 2011, n°10-30706, « *Chronique de jurisprudence : droit de la famille* », E. MULON, J. CASEY, Gaz.Pal vendredi 12, samedi 13 aout 2011, p.18

de l'enfant, puisque ce dernier peut demander à être entendu, afin d'exposer son avis quant à sa résidence.

B.La prédominance de la recherche de la vérité.

Le législateur a prévu des preuves dans la recherche de la vérité. Elle bénéficie d'outils précis lorsque le juge aux affaires familiales manque d'informations concernant le patrimoine d'un des époux (1), ou que la réalité de la situation familiale est obsolète dans le dossier (2).

1. La recherche d'informations sur le patrimoine de l'un des époux

Même s'il existe un devoir de loyauté entre des époux qui divorcent, ce devoir peut être difficilement respecté lorsque ces derniers sont en guerre et se suspectent l'un l'autre de dissimuler une partie de leur patrimoine. Certains fichiers, assimilés à une immixtion dans la vie privée et donc à une entrave à la liberté de chacun, sont souvent utilisés et nécessaires dans le cadre des procédures de divorce[557].

C'est le cas du fichier national des comptes bancaires assimilés (FICOBA) (a) et de l'association pour la gestion des informations relatives aux risques en assurance (AGIRA) (b). Ces outils sont d'une grande utilité pour le juge dans la recherche d'informations relatives au patrimoine d'un des époux (c).

[557] V. CHARIOT-LECUYER, « *La collecte des informations : les fichiers* », AJF 2009, p.373

a.L'utilité du FICOBA

Créé par un arrêté du 14 juin 1982, ce fichier, géré par la direction générale des finances publiques, rassemble les comptes de toute nature, bancaires, postaux, ou bien encore d'épargne, et offre aux personnes habilitées les informations d'ouverture et de fermeture des comptes détenus par une personne ou une société sur le territoire français et dans les départements d'outre-mer.

Il contient des informations relatives aux déclarations fiscales incombant aux organismes qui gèrent des comptes, tels que des établissements bancaires et financiers, des centres de chèques postaux ou des sociétés de bourse.

Cependant, ce fichier est restreint, car il ne donne aucune information sur les opérations effectuées sur le compte ou sur le solde de celui-ci. Il ne renseigne pas sur les comptes ouverts au nom d'une société civile immobilière dans laquelle la personne détiendrait des intérêts ou les comptes courants au sein d'une société, pas plus que les comptes ouverts à l'étranger ou dans l'Union européenne.

La crédibilité des informations contenues au FICOBA est tout autant limitée par la diligence des établissements gérant des comptes dans leur déclaration[558].

L'ensemble des données sont conservées pendant une durée de trois années révolues après l'enregistrement de la clôture du compte pour les comptes dont le titulaire est une personne physique, et dix ans après la clôture pour les comptes dont le titulaire est une personne morale. Jusqu'à un arrêté du 13 décembre 2007, ce fichier n'était pas accessible au citoyen, l'administration fiscale ne donnant pas suite aux demandes de communication d'information dont elle était saisie, en prétextant le respect du secret professionnel. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de divorce, seules les autorités judiciaires, les tiers autorisés, habilités par une décision de justice, tels que les notaires nommés sur le fondement de l'article 255 10° du Code civil ou les professionnels qualifiés désignés sur le fondement de l'article 255 9° du même code, ou encore les huissiers de justice chargés par le créancier de former une demande de paiement direct d'une pension alimentaire ou agissant aux fins d'assurer l'exécution provisoire d'un titre exécutoire, ou les organismes débiteurs des prestations familiales chargés

[558] V. CHARIOT-LECUYER, « *La collecte des informations : les fichiers* », AJF 2009, p.373

de poursuivre le recouvrement des créances alimentaires impayées pouvaient avoir accès audit fichier.

Suite à ces restrictions, le ministère de l'économie a souhaité ouvrir certaines informations du FICOBA à la procédure d'accès direct. Ainsi, par délibération n°2007-295 du 4 octobre 2007, la CNIL a rendu un avis favorable à ce projet, en précisant qu'en cas de désaccord avec le ministère, les informations dont la communication de porte pas atteinte au contrôle ou au recouvrement des impositions pourront être communiquées au requérant. Cette délibération de la CNIL a donné lieu à un arrêté du 13 décembre 2007 dans lequel le ministre du Budget a adopté un mécanisme de droit d'accès mixte. Désormais, le titulaire d'un compte peut consulter le FICOBA, soit directement auprès du centre des impôts dont dépend son domicile lorsqu'il désire connaitre les informations qu'il contient le concernant, soit en saisissant la CNIL d'une demande de droit d'accès indirect, dans la mesure où les informations demandées sont relatives aux données bancaires liées à la nature et à l'identification du compte, demande exercée dans les conditions prévues à l'article 42 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

Afin d'obtenir des informations sur le compte FICOBA de son client, l'avocat doit détenir du juge une autorisation de saisir directement FICOBA. Représentant son client, ce dernier peut également saisir la CNIL d'une demande de droit d'accès indirect pour acquérir les informations bancaires de son client. Une attente est toutefois nécessaire avant de les obtenir, mais cette nouvelle procédure d'accès au fichier estompe les incertitudes apparues quant aux difficultés d'accessibilité de ce fichier FICOBA, et ce, sans l'intervention d'un magistrat ou d'un expert. Ainsi, un conjoint peut produire dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou contentieux, un relevé FICOBA, dans le but de justifier de sa bonne foi dans la rédaction de sa déclaration sur l'honneur, et peut tout autant sommer la partie adverse de produire son relevé FICOBA afin d'éradiquer les polémiques sur d'éventuelles existences ou non de comptes cachés.

b.L'AGIRA

Jusqu'en 2003, les assureurs connaissaient des difficultés quant à l'information du décès de leurs assurés et les textes en vigueur ne favorisaient pas l'identification des bénéficiaires, laissant de multiples contrats d'assurance non réclamés. Afin de remédier à ces soucis, les pouvoirs publics ont effectué diverses réformes de 2003 à 2007, dans le but de faciliter l'information des assureurs sur le décès de leurs assurés et permettre une meilleure identification des bénéficiaires de ces assurances vie.

Ainsi, la loi DDAC du 15 décembre 2005 dispose désormais que toute personne physique ou morale peut demander par lettre à un ou plusieurs organismes professionnels représentatifs, habilités à cet effet par arrêté du ministre chargé de l'Economie, à être informée de l'existence d'une stipulation effectuée à son bénéfice dans une police souscrite par une personne physique dont elle apporte par tout moyen, la preuve du décès.

Un guichet unique de centralisation de ces demandes a été créé, l'AGIRA, dévoilant son utilité qu'en cas de décès, et ce dans le but d'améliorer les démarches des particuliers, qui doivent adresser une seule demande, transmise aux gestionnaires des contrats d'assurance concernés. Ce système a été amélioré par la loi du 17 décembre 2007 obligeant les assureurs de s'informer du décès éventuel de leur assuré en leur permettant de consulter les données figurant sur le répertoire national d'identification des personnes physiques et relatives au décès des personnes qui y sont inscrites[559]. Les personnes pensant être destinataire d'un contrat ont la possibilité de rédiger une demande à l'AGIRA, accompagnée d'un justificatif du décès de la personne concernée. Des informations complémentaires peuvent être demandées par l'AGIRA. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative, la ou les entreprises d'assurance concernées l'informent cette dernière dans un délai d'un mois à compter de la réception d'un dossier complet.

En situation de divorce, la consultation d'AGIRA est inutile puisque seul le conjoint bénéficiaire peut la consulter suite au décès de l'assuré. Elle peut toutefois être avantageuse, dans l'hypothèse où l'époux a appris le décès d'un parent ou d'un proche de son conjoint, et

[559] Article L. 132-9-3 du Code des assurances

qu'il suspecte que ce dernier va bénéficier d'une assurance vie. Dans ce cas, seule une sommation faite à ce dernier d'avoir à communiquer la réponse d'AGIRA peut être envisagée.

Lors d'une procédure de divorce, même si la consultation de la fiche FICOBA est possible pour tout citoyen, elle est cependant insuffisante, voire décevante, lesdits renseignements pouvant malheureusement être obsolètes. L'AGIRA est intéressante lorsque l'assuré est décédé, mais reste impossible pour les autres contrats d'assurance vie, rendant dans la plupart des cas, sa consultation inutile. En conséquence, seul l'article 259-3 du Code civil permettant au juge de faire procéder à toutes recherches utiles concernant les débiteurs ou ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé, pourra être exercé par l'époux en difficulté de prouver l'hypocrisie et les oublis volontaires de son conjoint dans la déclaration de son patrimoine.

c.L'utilisation de ces divers procédés dans la quête d'information sur le patrimoine de l'un des époux

Le point de la prestation compensatoire va soulever quelques interrogations, notamment sur la transparence et la sincérité des déclarations faites par les parties, ainsi que sur les pièces qu'elles auront fournies. Contrairement à la contribution et à l'entretien de l'enfant, les erreurs éventuelles d'appréciation ne peuvent être corrigées. Dans l'hypothèse où des éléments du patrimoine ou des revenus de l'un des époux créancier ont été étudiés, il sera difficilement possible de réviser le montant de la prestation compensatoire à la hausse aprè le prononcé du divorce.

Il est tout aussi délicat pour un époux de connaitre et surtout de justifier de la réalité patrimoniale de son conjoint, notamment lorsque ce dernier exerce une activité commerciale, libérale ou indépendante dont il ne retire officiellement que peu ou pas de revenus. Dans ces circonstances, la déclaration sur l'honneur de l'exactitude des ressources, revenus et patrimoine, que le législateur a exigé des parties a pour but de restaurer un soupçon de morale et de responsabiliser les parties, et ce en laissant se développer des pratiques diverses dans les juridictions, que la haute juridiction régule difficilement. En effet, même si elle a précisé que

l'absence de production de la déclaration sur l'honneur ne pouvait être considérée comme une fin de non-recevoir en l'absence de sanction prévue par le texte[560], et qu'une fausse déclaration intentionnelle peut ouvrir la porte à un procès en révision[561], elle laisse toutefois la possibilité aux juridictions de tirer toutes les conséquences envisageables de son omission.

Dans l'hypothèse où le juge doute de la sincérité de cette pièce, il a la possibilité de pouvoir ordonner un expertise comptable ou patrimoniale d'un ou des deux époux, ou de désigner un professionnel qualifié, dans le but d'établir la réalité de la situation présentée. Encore, une fois, le coût élevé de ces mesures dissuade très souvent le demandeur, qui en général n'est pas le plus fortuné, sans omettre le temps nécessaire à leur réalisation. Elle n'est réellement pratiquée que lorsque des intérêts économiques importants sont en jeu. Le juge dispose d'une autre carte afin d'obtenir les renseignements qu'il souhaite pour dissiper ses doutes en faisant application de l'article 259-3 du Code civil, qui lui permet de pouvoir consulter le fichier FICOBA dépendant du ministère de l'Economie et des Finances, afin d'obtenir les coordonnées des comptes ouverts au nom de chaque époux. Les informations recensées dans ce fichier concernent les coordonnées de l'établissement détenteur du compte. Même s'il ne permet pas de connaitre les montants des opérations portées sur le compte, ni son solde, il offre au juge la certitude que l'époux détenteur dudit compte n'a pas omis d'en faire référence, et de le signaler à son conjoint, par injonction d'en communiquer l'encours.

Lorsque le juge interroge directement ce fichier FICOBA, il doit rendre une décision désignant le directeur de ce fichier aux fins de lui communiquer la liste des comptes bancaires ou postaux détenus par l'un des époux ou les deux, en précisant leur état civil. Une fois les informations attendues communiquées, ce magistrat doit en communiquer la teneur durant le débat contradictoire. Il a également la faculté par l'article 255 10° du Code civil, de confier cette mission au professionnel qualifié ou au notaire chargé d'établir un projet d'acte liquidatif d'effectuer cette consultation.

[560] Cass, Civ 1ère, 23 mai 2006, n°05-17.533, Bull. civ. I, n°260 ; D. 2007. Pan. 608, obs. WILLIATE-PELLITTERI

[561] Cass, Civ 1ère, 28 février 2006, n°04-12.621, Bull. civ. I, n°118 ; AJF 2006, obs. S. DAVID, p. 205 ; RTD civ. 2006, obs. HAUSER, p.289 ; Cass, Civ 1ère, 12 juin 2008, n°07-15.962, Bull. Civ. I, n°141; AJF 2008, obs. DAVID, p. 344; RTD civ. 2008. 462, obs. HAUSER; Defrénois 2008. 2424, obs. MASSIP

Ce droit d'accès au fichier FICOBA est personnel au titulaire du compte ou à son mandataire, et seule la qualité de « tiers autorisé » ou une autorisation de justice est nécessaire pour accéder à ces renseignements. Les frais de cette consultation reste à la charge de l'une ou de l'autre des parties, ou partagés entre elles.

Le juge aux affaires familiales doit être informé sur des points spécifiques que les parties ne développent pas toujours. Pour cela, il possède des moyens lui permettant de s'informer tout seul. On est dans un contentieux où les parties dissimulent certaines informations. En outre, elles connaissent mal le droit et le procès, comme le principe du contradictoire.

Mais compte tenu des règles de procédure civile, n'est-il pas risqué d'accorder plus de pouvoir au juge aux affaires familiales ? En effet, il est sensé ne se prononcer que sur les moyens que les parties invoquent dans leur conflit, et ne peut obliger ces dernières à s'expliquer sur des points précis. Ici, l'idée que l'un des époux ne désire pas révéler la réalité de son patrimoine due à son activité professionnelle, démontre une limite des règles de procédure civile, afin de protéger l'époux qui financièrement se retrouverait lésé. Le droit de la famille prédomine afin de répondre à la prestation compensatoire, ainsi qu'à la pension alimentaire, et ce, dans l'intérêt de la famille.

2.La recherche de la réelle situation familiale

La difficulté essentielle pour le juge aux affaires familiales est de rendre une décision concernant les mesures accessoires, qui s'adapte au mieux à la situation fluctuante des parties.

Aux prémices de la conciliation, lorsque la procédure est orale, le juge détient des informations récentes que les parties viennent de se communiquer, parfois quelques jours avant l'audience. L'audience lui permet de solliciter des parties présentes les informations nécessaires aux arguments qui lui sont présentés, et qui soient conformes à la situation des époux. Les mesures provisoires rendues par le juge découlent d'un examen précis, actualisé par les parties. Il est possible que la situation patrimoniale d'un des époux soit délicate, dans

ce cas, le juge conciliateur a la possibilité de procéder à la désignation d'un expert ou d'un professionnel qualifié dans le but de rédiger un inventaire estimatif de l'état des revenus et patrimoine de chacun. Mais, si ce juge doit se prononcer sur le divorce et les mesures accessoires qui l'accompagnent, les pièces justifiant de la situation des parties datent très souvent de plusieurs mois, par le seul effet de la procédure écrite et des délais de procédure, dans l'hypothèse où ce ne sont pas les mêmes que celles produites devant le juge conciliateur. Dans ce cas, le juge du divorce peut rendre une décision sur la contribution et l'entretien des enfants qui ne prend pas en considération la situation du débiteur à la date où il statue. Ici, les avocats doivent rester vigilants car l'autorité de la chose jugée empêche toute nouvelle saisine du juge aux affaires familiales aux fins de révision de cette contribution, dans la mesure où il n'est pas justifié que le changement de situation est postérieur au jugement de divorce, ou à l'ordonnance de clôture de la procédure, exception faite d'un recours en appel de la décision pour que soit prise en compte la nouvelle situation des parties.

C.La liberté de parole lors de l'audience de conciliation

L'article 252-4 du Code civil prévoit l'interdiction pour les parties d'invoquer dans la suite de la procédure les éléments qui ont été évoqués ou écrit lors d'une tentative de conciliation, et ce peu importe la forme selon laquelle ils ont été faits, disposition qui doit être rappelée par le juge aux affaires familiales lorsqu'il reçoit les parties pour la tentative de conciliation.

Cette disposition ne concerne pas les pièces communiquées entre les parties et versées au dossier à l'occasion de l'audience de conciliation, mais uniquement les propos qui ont pu être exprimés par les époux lors de l'audience de conciliation et retranscrits par le greffier. Il ne peut donc être fait référence aux notes d'audience de la conciliation pour argumenter un quelconque élément au cours de l'instance de divorce ultérieure.

La question est plus complexe s'agissant de l'utilisation par une partie durant l'instance en divorce, de paroles exprimées lors de l'audience de conciliation quand ces dernières ont été reprises par le juge dans sa décision. En effet, il peut être amené à faire état dans la motivation de sa décision sur les mesures provisoires, telles que celle relatives aux enfants, de propos

tenus par les époux lors de l'audience de conciliation. Même si cette décision judiciaire est régulièrement notifiée par les parties, l'article 252-4 du Code civil ne permet pas l'utilisation de ces propos, mêmes actés par le juge dans le cadre de la procédure de divorce. Ainsi, si le juge a motivé la limitation des droits d'un d'hébergement d'un des parents par la reconnaissance de ce dernier de son addiction à l'alcool, cette décision ne peut servir, a priori, de preuve d'un comportement fautif de l'époux dans le cadre d'un divorce pour faute.

Un rappel sur la confidentialité de la médiation familiale doit être fait. Dans le cadre de la conciliation prud'homale, tout ce qui est évoqué par les parties est retranscrit sur un procès verbal. Le cas du divorce est le seul cas de conciliation où les textes prévoient que ce qui est dit par les époux ne peut être utilisé à leur encontre. C'est un particularisme du contentieux du divorce. Si l'objectif est de permettre aux gens de parler, il est important qu'ils puissent le faire en étant sur que leurs paroles ne se retournera pas contre eux. La liberté de parole prédomine ici, par la technique de la « chambre noire ». Le processus de conciliation ne peut pas être efficace, s'il n'y a pas de liberté de parole et de secret de cette dernière.

D.Leprincipe du contradictoire.

Le juge a pour première mission de vérifier la régularité des pièces versées au débat par les parties, et doit tout autant s'assurer que chacune de ces dernières a eu la possibilité de les discuter. En aucun cas, il ne peut fonder sa décision sur une pièce qui n'aura pas été discutée contradictoirement, et ce à toutes les étapes du procès[562].

Toujours est-il que le juge peut malgré tout être confronté à certaines difficultés en cours de procédure, comme la non-comparution du défendeur, ou l'absence d'un avocat (1). Son rôle de juge de la mise en état lui permet d'assurer la communication des pièces entre les parties au litige (2).

[562] Article 16 CPC

1.L'hypothèse du défendeur non comparant, ou de l'absence d'avocat

Lors de l'audience de conciliation, l'époux demandeur doit obligatoirement être présent et constituer avocat. Pour cela, il a obligation de préciser dans sa requête les coordonnées de son conjoint pour le greffe puisse le convoquer par courrier recommandé à l'audience de conciliation. Le juge doit s'assurer que le défendeur ait bien reçu les pièces envoyées par l'avocat demandeur, et qu'il ait communiqué les siennes à celui-ci en retour. En pratique, ces échanges de pièces entre l'avocat du demandeur et le défendeur ont lieu quelques minutes avant l'audience.

Il est possible que le défendeur ne comparaisse pas à cette audience, et qu'il n'ait pas demandé de report pour juste motif, dans ce cas, le juge tient l'audience en son absence, en vérifiant qu'il ait bien été régulièrement convoqué par le greffe, et qu'il ait eu connaissance de l'audience. Si ce dernier n'a pas signé personnellement l'accusé de réception de la lettre recommandée adressé par le greffe, le juge ne peut tenir l'audience, et doit informer la partie demanderesse de bien vouloir citer son conjoint par acte d'huissier de justice à la prochaine audience[563]. Ainsi, peu importe que la convocation soit remise au conjoint destinataire de l'acte, ou qu'elle soit faite à domicile si une personne présente accepte de bien vouloir lui remettre, ou que sa remise soit faite à l'étude de l'huissier en l'absence de personne présente à domicile, ou encore qu'un procès verbal de recherches infructueuses en cas d'adresse inconnue soit établi, l'essentiel est que le juge puisse valablement procéder à l'audience de conciliation et statuer sur les mesures provisoires.

Il est également possible que le défendeur ne comparaisse pas en raison de la distance, mais qu'il adresse au juge ses pièces ou un courrier dans lequel il explique ses intentions et ses éventuelles propositions. La procédure prévoit clairement la comparution personnelle des parties, une demande par courrier n'est donc pas valable, et l'époux défendeur sera considéré comme non comparant. Mais il est envisageable pour le juge de décider de verser ces pièces aux débats et de les soumettre à la discussion avec le demandeur, surtout si ces dernières permettent d'éclairer la situation personnelle du défendeur.

[563] Article 670-1 CPC

Si le défendeur ne comparait pas, et ne transmet aucune pièce au juge, ce dernier statue sur les éléments que lui présente le demandeur, qui ne peut former aucune demande nouvelle lors de l'audience, le défendeur ne pouvant avoir eu connaissance de ces dernières.

Tant que l'assignation en divorce n'a pas été délivrée, le juge aux affaires familiales peut toujours être une nouvelle fois saisi, soit par assignation au fond ou en référé, soit par requête, dans le but de modifier les mesures provisoires. Dans ce cas, la procédure suivie devant le juge aux affaires familiales, et celle qui est appliquée habituellement, la procédure orale, sans représentation obligatoire.

Lorsque l'instance en divorce est introduite, l'époux défendeur doit constituer avocat faute de quoi, il sera considéré comme non comparant et ne disposera d'aucun moyen pour faire valoir ses arguments. Cette situation n'est pas rare, les plaideurs pouvant prétendre à l'aide juridictionnelle exposent souvent qu'ils n'ont pas les moyens de s'offrir les services d'un avocat. Le juge peut alors se trouver confronter à une difficulté, si l'époux demandeur sollicite une demande de prestation compensatoire qui ne peut être réformée, si ce n'est par voie d'appel lorsqu'elle est accordée sous forme de capital. Ici, ce dernier devra rapporter la preuve de la disparité dans la situation présente des époux, en rapportant un minimum d'éléments sur la situation du défendeur non comparant.

2.Le rôle du juge de la mise en état et la communication des pièces

Après l'assignation en divorce, il appartient au juge de la mise en état de veiller au bon déroulement loyal de la procédure, et plus spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces. Ce même juge impose des délais aux avocats au fur et à mesure de l'avancée de la procédure, en fonction de la complexité de l'affaire, au besoin en fixant un calendrier de procédure.

Etant donné la masse du contentieux de divorce, le traitement de la mise en état est de plus en plus confié au greffe dans la cadre d'une mise en état permanente. Le juge de la mise en état ne pouvant exercer qu'un contrôle formel sur le déroulement des procédures de divorce, sans vraiment pouvoir saisir le contenu des dossiers, de nombreuses juridictions ont décidé de mettre en place un traitement standardisé de ces contentieux. En accord avec les barreaux, des

délais types pour la communication des pièces sont négociés, tout comme la remise des conclusions et la durée globale de la procédure, sans un réel contrôle au fond par le magistrat en question. Le greffe qui suit dans la plupart des procédures, délivre les avis, les invitations et les injonctions de conclure sous le contrôle plus ou moins distant du juge qui n'organise des audiences que ponctuellement, en cas d'incident de procédure ou de difficulté à régler avec les avocats.

Actuellement, la dématérialisation des procédures civiles engagée dans les tribunaux permet en outre, l'échange des pièces et conclusions en temps réel par voie électronique grâce au RPVA, supprimant ainsi, les nombreux temps morts qui ponctuaient le traitement traditionnel de la mise en état.

Il est important que le juge aux affaires familiales fasse respecter les règles de transparence et de loyauté primordiales au débat judiciaire. La procédure et la jurisprudence essaient de concilier des notions souvent concurrentes comme le respect de la vie privée et la recherche de la preuve, le contradictoire et la protection de l'enfant ou encore le respect des droits du défendeur et la sanction des comportements dilatoires. Il ne reste pas moins que la mission pacificatrice du juge est accompagnée d'outils afin de lui permettre de limiter les ressentiments.

SECTION 3 : Le traitement des conflits familiaux face à l'évolution technologique de la justice civile

La justice française se modernise par la mise en place de divers réseaux virtuels, dont quelques uns commencent à voir le jour comme le réseau privé virtuel justice (RPVJ) et le réseau privé virtuel avocats (RPVA). Même si leur exercice demande encore de la pratique avant d'être véritablement au point, les conflits familiaux bénéficieront des avantages de ces derniers, notamment dans la transmission des informations entre les différents juges traitant de ces litiges au sein du Pôle de la famille, facilitant la rapidité de la gestion des affaires. Cependant, il est évident que l'installation de ces réseaux est un très bel outil de travail pour les professions du droit. Mais qu'en est-il des parties ? Ne risque t-on pas de déshumaniser le droit de la famille, alors que cette matière nécessite beaucoup de contact humain ?

Les nouvelles technologies se mettent au service des professionnels du droit, par la création de réseaux privés virtuels qui se mettent en place progressivement (§1). Cependant, même si les procédures familiales pourront en profiter, la gestion des conflits familiaux semble bien frêle face à cette modernisation de la justice (§2).

§1.Les nouvelles technologies au service des professions du droit : La mise en place de réseaux privés virtuels

Depuis le décret du 28 décembre 2005, le législateur travaille à l'élaboration d'un réseau privé virtuel doté d'un système de communication électronique partagé entre les professions du droit, dont plus spécifiquement entre les magistrats, les greffiers et les avocats. Ce procédé permettrait d'une part, une meilleure connaissance du suivi des affaires, et d'autre part, une transmission en temps réel des informations relatives aux procédures, sans oublier la réduction des délais de traitement ainsi que l'amélioration de la gestion du rôle. Il offrirait également aux greffes de nos juridictions un allègement des temps de saisie, une meilleure

transparence de l'information et une meilleure maitrise des affaires dont la juridiction est saisie. Quant aux avocats, la communication électronique leur permettrait un gain de temps, une diminution des déplacements aux tribunaux, une accélération de la transmission des informations, ainsi qu'une meilleure gestion des affaires au bénéfice du justiciable.

La célérité par la rapidité de la transmission de l'information et des actes de procédure civile serait assurée, ainsi que la qualité du procès civil, qui par l'utilisation de ces nouvelles technologies, faciliteraient l'accès au juge[564]. Un doute persiste, l'utilisation des nouvelles technologies dans notre droit étant trop fraiche, et ces notions difficilement perceptibles.

Leurs mises en œuvre ont suscité de vives réactions de la part des professionnels du droit, connaissant de multiples difficultés dans l'installation de ces dernières (A). Toujours est-il que la justice est dorénavant contrainte à s'adapter à l'évolution des nouvelles technologies. C'est la cas de la profession d'avocat contrainte de s'adapter, malgré de nombreuses craintes (B)

A.La délicate mise en place du procédé

Les procédures se dématérialisent par l'immixtion de la communication électronique dans notre droit. Le décret du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile 2 s'était attaché au recours à la communication par voie électronique[565]. Grace à ce texte, la Direction des services judiciaires du ministère de la Justice a admis avec le Conseil national des barreaux de mettre en place les outils techniques désormais utilisés. Ces travaux se sont concentrés sur les échanges des actes de procédure entre le greffe des tribunaux de grande instance et les avocats, en passant de la communication de l'assignation à la gestion du calendrier des audiences de la mise en état, sans oublier les constitutions en défense et les conclusions.

[564] S. AMRANI-MEKKI, « *Efficacité et nouvelles technologies* », Procédures n°4, Avril 2010, dossier 5

[565] G. SABATER, « *Nouvelles technologies et système judiciaire- Le déploiement de la communication dans les juridictions judiciaires* », JCP G 2008, I, 223

L'arrêté du 25 septembre 2008[566] est la continuité de ce décret du 28 décembre 2005 qui achève l'aboutissement de travaux menés par le Conseil national des barreaux et le ministère de la Justice afin de permettre cette liaison entre le réseau privé virtuel avocat (RPVA), doté d'un portail Internet nommé E-barreau, et le réseau privé virtuel de la Justice (RPVJ).

Afin de finaliser le fonctionnement de cette communication électronique, 68 tribunaux de grande et barreaux ont été concernés pour l'expérimenter depuis le 1er novembre 2008[567]. Ainsi, plusieurs actes peuvent être désormais transmis par communication électronique comme les actes de constitution d'avocat, la remise de la copie d'une assignation, d'une requête conjointe ou d'une requête et des pièces qui leur sont jointes dans l'hypothèse où le demandeur ou les ou les requérants ont constitué avocat, les avis adressés par le greffe de la juridiction aux avocats et au ministère public, les conclusions et pièces communiquées par les avocats entre eux, au juge, au ministère public et au greffe de la juridiction, les mesures prises par le juge de la mise en état mentionnées au premier alinéa de l'article 773 du Code de procédure civile, ou bien encore la copie aux avocats et au ministère public des décisions rendues par le juge de la mise en état.

Cette dématérialisation des procédures de justice s'est accélérée depuis la signature de la convention du 28 septembre 2007 par le ministère de la Justice et le Conseil national des barreaux, en vue d'une concertation entre les professionnels du droit, magistrats, greffiers et avocats afin de permettre l'application du décret du 28 septembre 2005 fixant l'entrée en vigueur de la communication électronique au 1er janvier 2009.

L'enjeu est d'autant plus grand depuis le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, qui a élargi l'application de E-barreau dans toutes les procédures d'appel avec représentation obligatoire et ce à partir du 1er janvier 2011. Cette échéance a une nouvelle fois été reportée suite aux débats houleux causés par la fusion entre les professions d'avocats et d'avoués et l'introduction de la dématérialisation des procédures prévue par la réforme de la Justice, instituant devant les Cours d'appel la postulation assurée par les avocats et uniquement par voie électronique[568]. C'est chose faite par la loi du 25 janvier 2011[569] qui consacre la

[566] Arrêté du 25 septembre 2008 portant application anticipée pour la procédure devant le tribunal de grande instance des dispositions relatives à la communication par voie électronique.

[567] P. GRANET, « *La communication électronique devant les tribunaux de grande instance est en marche* », JCP G 2008, act, 599

[568] H. CROZE, « *Report de la communication électronique obligatoire devant la cour d'appel* », Procédures n°1, Janvier 2011, repère 1

disparition de la profession d'avoué près les cours d'appel au profit des avocats du ressort de la cour qui assureront dorénavant la représentation des parties en instance d'appel à compter du 1er janvier 2012[570].

Ainsi, initialement retenue au 31 mars 2011[571], les Cours d'appel doivent passer à l'ère de la communication électronique obligatoire à compter du 1er septembre 2011[572]. Le RPVA est pour le moment utilisé par les avoués, qui postuleront en appel à partir de cette date, avant de laisser leur place à la profession d'avocat à compter du 1 er janvier 2012.

Devant la Cour de cassation, un décret du 22 mai 2008[573] relatif à la procédure devant cette dernière a précisé qu'un arrêté du ministère de la Justice prévoirait une application anticipée dans le ressort des juridictions et pour les actes de procédure désignés, après approbation de conventions passées entre le président de la juridiction et une ou plusieurs catégories d'auxiliaires de justice organisant le recours à la communication électronique. C'est l'arrêté du 17 juin 2008 portant application anticipée pour la procédure devant la Cour de cassation des dispositions relatives à la communication par voie électronique[574], qui est venu fixer l'application de l'article 73 du décret du 28 décembre 2005 au 1er juillet 2008[575].

[569] L n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, JO 26 janvier 2011

[570] L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, T. CLAY, E. JEULAND, Y.-M SERINET ; « *Chronique de droit judiciaire privé* », JCP G n°22, 30 mai 2011, 666

[571] E. BOCCARA, « *RPVA : épilogue, première partie* », Gaz. Pal, dimanche 13 au mardi 15 mars 2011, p.9

[572] E. BOCCARA, « *RPVA : fin de la guerre froide* », Gaz. Pal, dimanche 3 au mardi 5 avril 2011, p.7

[573] D. n°2008-484, 2 mai 2008 : JO 24 mai 2008

[574] A. 17 juin 2008 : JO 26 Juin 2008

[575] S. GRAYOT, « *Le droit à un procès équitable à l'aune des nouvelles technologies* », Procédures n°4, Avril 2010, dossier 2

B. Les craintes de la profession d'avocat face à cette modernisation de la justice

Au 1er janvier 2010, 7924 avocats, et 137 des 180 tribunaux de grande instance du territoire français étaient opérationnels et dotés du matériel électronique nécessaire[576]. Une discorde s'agissant de l'accès à E-barreau, est apparue au sein de la profession d'avocat, les barreaux de Paris et de Marseille l'ayant rejeté, lui préférant leur propre système. Suite à ce désaccord, un rapport d'audit a été rendu le 10 juin 2010 à la Conférence des bâtonniers et au Conseil national des barreaux, qui n'a pas réussi à dissiper l'ensemble des tensions malgré une résolution adoptée lors de l'assemblée générale du Conseil national des barreaux du 19 juin 2010[577].

Cette méfiance s'explique par un avancement très inégal entre les tribunaux de grande dans la mise en place de ce réseau virtuel[578]. En effet, certaines difficultés techniques se sont révélées dans certains tribunaux de grande instance, à l'origine d'un retard de connexion entre RPVA et RPVJ, pendant que d'autres s'étaient très bien adaptés à ces nouveaux outils. S'agissant des barreaux, certains d'entre eux faisaient part de leur record d'inscriptions pendant que d'autres ne recensaient qu'un seul cabinet de connecter à E-barreau.

Les difficultés techniques sont accompagnées de difficultés financières et de moyens, certains tribunaux ne disposant pas du personnel nécessaire pour mener à bien l'installation de ce réseau virtuel. En outre, la contestation de clauses du contrat d'abonnement. En effet, même si le RPVA permet à l'avocat d'éviter un certain nombre de déplacements au tribunal de grande instance pour les audiences de la mise en état et les enrôlements d'assignation qui peuvent se faire depuis son cabinet, il n'en reste pas moins, que l'investissement financier pour l'E-barreau reste conséquent, puisqu'il demande avec la location du boitier une somme de 55 euros, accompagnée de 7 euros de frais de clés de réseau[579]. Cette dépense reste importante pour les petits cabinets qui estiment être assujettis à payer une modernisation imposée.

---

[576] A. COIGNAC, « *E-barreau et dématérialisation des procédures : « on ne va pas faire une justice virtuelle »* », JCP G Janvier 2010, 46

[577] A. COIGNAC, « *La querelle e-barreau : vers une mutualisation de l'outil ?* », JCP G Septembre 2010, 939

[578] Ibid

[579] A. COIGNAC, « *E-barreau et dématérialisation des procédures : « one ne va pas faire une justice virtuelle* », JCP G n°3, 18 janvier 2010, 46

La chancellerie ayant fixé au 1er septembre 2011 la communication électronique obligatoire pour les cours d'appel, les avocats sont dorénavant contraints de s'adapter aux nouvelles technologies[580].

Ce n'est d'ailleurs pas la seule profession du droit obligée de se conformer à ces dernières, puisque les huissiers de justice ont déjà du se familiariser avec ces techniques par le biais des constats en ligne, dont leur valeur probante est subordonnée au respect de formalités techniques précises permettant de démontrer que le site litigieux est librement consultable et accessible aux internautes[581], tout comme les constats de SMS, qui dans le cadre des procédures de divorce est fréquemment utilisé, lorsqu'il n'a pas été obtenu par fraude ou violence[582]. Cette profession va encore être témoin des nouvelles technologies, puisque la signification par voie électronique avec consentement du destinataire[583]est en cours d'élaboration, tout comme le projet d'un réseau privé virtuel des huissiers de justice (RPVHDJ)[584].

Il en va de même pour les experts, qui voient l'expertise se soumettre aux nouvelles technologies, par la création d'un réseau privé virtuel expert (RPVE), créé sous l'égide du Conseil national des compagnies d'experts de justice, qui bénéficiera d'une interconnexion avec le réseau privé virtuel justice (RPVJ) et le réseau privé virtuel avocats (RPVA). Ce réseau expert est pour le moment testé à la Cour d'appel de Bordeaux en attendant d'être généralisé au niveau national[585].

[580] E. BOCCARA, « *RPVA : fin de la guerre froide* », Gaz. Pal, dimanche 3 au mardi 5 avril 2011, p.7

[581] A. BOBANT, E.-A CAPRIOLI, « *Le constat en ligne par l'huissier de justice* », Procédures 2007, p. 192, G. TEISSONIERE, « *Etablir la preuve d'un fait sur internet ou le délicat passage du virtuel au réel* », RLDI 2007, n°26, étude 851

[582] Cass, CIv 1ère, 17 juin 2009, n°07-21.796, JCP G 2009, n°27, 71

[583] Forum des huissiers de justice : les évolutions annoncées de la profession, Min. Justice, discours, 19 déc.2008, Procédures n°2, Février 2009, alerte 10

[584] G. CHEZEAUBERNARD, « *Les huissiers et la modernisation de la justice : colloque de Lyon du 25 novembre 2010* », Le nouveau Journal des huissiers de justice, Décembre 2010, p.38

[585] N. FRICERO, « *L'expertise judiciaire en mutation !* » JCP G n°20, 16 mai 2011, 572

§2.Les conflits familiaux face à la modernisation de la justice

La mise en place de ces réseaux privés virtuels présente certains avantages de rapidité et de gains de temps, par la réduction des déplacements aux audiences de mise en état par exemple, pour les avocats, ou de saisie des affaires pour les greffes. Le travail des professionnels du droit est donc facilité, et les parties bénéficient tout autant de ces atouts procéduraux.

Le développement de ces nouvelles technologies permet une économie de coût de personnel, une réduction du temps de traitement des procédures, et offre une certaines sécurisation de la justice, par la mise en place de ces divers réseaux. En effet, les documents informatisés sont beaucoup mieux conservés que des documents papier.

En matière de droit de la famille, ce système ne favorisera que l'avocat dans les divers actes de procédure qu'il aura à accomplir, comme les requêtes, les assignations en divorce, les conclusions, ou bien comme précité les audiences de mise en état qui n'auront lieu que dans l'hypothèse d'un incident de procédure, et le juge, tout les deux bénéficiant d'une certaine célérité et donc de gain de temps dans le traitement de leurs affaires.

Cependant, il est nécessaire de rappeler que le contentieux de la famille demande du contact, et par la même, nécessite de l'humain dans le droit, matière dans laquelle sentiments, échec, déception et conséquences financières et patrimoniales s'entremêlent. Les parties ont besoin d'exprimer leurs ressentis et, dans le cas d'un adultère et donc d'un divorce pour faute par exemple, que la justice le reconnaisse, pour permettre à l'époux victime de ce dernier de pouvoir faire le deuil de cet échec sentimental.

Le droit a d'ailleurs apporté une limite, puisque pour des raisons juridiques, l'autorisation de dématérialisation du Code civil voit une exception[586]. En effet, la validité d'un acte juridique peut être établi et conservé sous forme électronique[587] sauf pour les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions[588]. Le législateur marque ici, la subtilité du

[586] T. PIETTE-COUDOL, *« Le recours aux moyens électroniques dans la procédure civile, pénale et administrative* », Communication Commerce électronique n°11, Novembre 2009, étude 24
[587] Article 1108-1 C. civ
[588] Article 1108-2 1° C. civ

domaine, qui dans le cadre des conventions établies lors d'un divorce, peut avoir des conséquences importantes.

Il est important que le juge aux affaires familiales communique avec ces parties, tel était l'objectif du législateur de 1975, dans la création du juge aux affaires matrimoniales, juge destiné à se rapprocher du justiciable. Sa mission était de personnaliser la procédure de divorce, en gérant du début à la fin ses dossiers, pour lui permettre de mieux connaitre ses parties. Le contentieux familial nécessite des contacts personnalisés entre le juge et les parties indispensables à la compréhension du conflit. Un juge unique pour un même dossier, cette idée était nouvelle pour l'époque.

Cette communication s'est renforcée par les divers textes promulgués jusqu'à aujourd'hui. Ainsi, les audiences du juge aux affaires familiales se déroulent en chambre du conseil afin d'offrir aux parties en conflit un respect de l'intimité de leur vie privée, et de permettre aux langues de se délier. Cette proximité avec le juge, les nouvelles technologies ne peuvent la donner.

Il en va de même avec les différents acteurs qui peuvent être appelés à intervenir dans le conflit familial.

Le meilleur exemple est le médiateur familial, qui peut intervenir par proposition du juge aux affaires familiales acceptée par les parties, ou enjointe par ce dernier. Son rôle est de restaurer la communication entre les parties, de préserver, voire de reconstruire les liens entre les membres de la famille, dans le but de prévenir les conséquences d'une éventuelle dissociation du groupe familial, et de donner les moyens aux personnes de chercher par elles mêmes, dans le respect de leurs droits et obligations respectifs, des issues à leur situation.

Qu'en est-il des psychologues, psychiatres, assistantes sociales, qui peuvent eux aussi intervenir, afin d'éclairer le juge aux affaires familiales sur l'atmosphère qui perdure au sein d'une famille ? Ces derniers ne peuvent accomplir la mission que le juge leur confie qu'en utilisant du contact humain, et donc la parole. Les nouvelles technologies sont dépourvues de ce contact humain indispensable à la recherche de ces éléments nécessaires à la description d'une personnalité, ou de la situation d'une famille, essentiels à la prise de décision du juge.

Le notaire peut également être amené à discuter avec les parties lorsqu'elles ne s'entendent pas sur la liquidation de leur régime matrimonial, ou lorsque le projet d'état liquidatif de ce

dernier leur pose problème sur certains points. Dans cette hypothèse, une discussion est nécessaire entre les parties, leurs conseils et le notaire, afin de trouver une solution à cette mésentente, que les nouvelles technologies ne peuvent résoudre.

Ainsi, ce contentieux dévoile les limites de ces dernières qui se révèlent déshumanisantes et ne se prêtent pas à lui. Elles vont à l'encontre de la proximité du juge avec les parties, qui pourraient se voir éloigner du juge. La qualité de la justice dans l'accès du juge risque de ne pas répondre aux objectifs qu'on attend d'elle en la matière.

La dépersonnalisation des nouvelles technologies posera des difficultés qui iront à l'encontre de la personnalisation des procédures mise en place depuis les années 70. Cela ne veut pas dire qu'il existe aucune place pour les nouvelles technologies dans ce contentieux, mais cette évolution des années 70 ne doit pas être remise en cause par leur intégration en la matière. Cela accentue le divorce de masse, qui engendre des conventions de divorce stéréotypées, et les nouvelles technologies ne vont qu'aggraver cette standardisation. En effet, les avocats possèdent déjà des conventions type pour tous les cas de divorce, et changent parfois quelques clauses. Une modification de ces conventions n'est pas souhaitée par les avocats, ces derniers manquant de temps. La dématérialisation des procédures ne pourra que conduire à l'effacement des parties, l'avocat devenant le seul interlocuteur du juge. Celles-ci ne comparaissant plus physiquement devant lui, le conflit ne se traitera qu'entre professionnels. L'avocat devient alors un maillon obligatoire, même dans les procédures pour lesquelles sa présence est actuellement facultative, engendrant un cout que les parties seront contraintes d'assumer. Qu'en sera-t-il pour les personnes ayant des capacités financières restreintes ou inexistantes ? Elles seront obligées d'avoir recours à l'aide juridictionnelle, d'où une charge financière plus lourde pour l'Etat. Ce problème va-t-il dans le sens de l'évolution actuelle ?

Ainsi par exemple en Angleterre, une proposition de loi soumise au Parlement en juin 2011 prévoit la suppression de l'aide juridictionnelle pour le droit de la famille, ne la maintenant que pour les cas de violences conjugales et la médiation familiale[589]. Le système anglais se destine à produire une justice de classe, puisque seules les personnes aisées pourront accéder au juge, et contraint les autres à trouver des accords par la médiation familiale.

[589] M. HARAVON, « *La fin de la justice civile ? Réflexion sur l'éviction du juge* », Recueil Dalloz, 13 octobre 2011, n°35, 2427 ; F. G'SELL, « *Un recul net de l'accès au droit en Angleterre* », Entretien, Recueil Dalloz 13 octobre 2011, n°35, 2456

Cela ne va-t-il pas à l'encontre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui prévoit dans son article 6§1 le droit à un procès équitable et à un accès au juge pour chaque justiciable ?

Que faut-il faire ? Le système anglais ne laisse pas le choix au justiciable et ne lui offre que le conventionnel, en réduisant le coût pour l'appareil judiciaire et pas pour les parties. Dans cette hypothèse, on ne peut plus parler de modes alternatifs des conflits, puisque la justice ne propose à ses usagers qu'une seule voie.

Si on va jusque là, une procédure sans contact humain, sauf pour les cas de violences conjugales et de contestation, est-ce encore de la justice ? Faut-il maintenir un système judiciaire s'il doit fonctionner de cette manière ?

Les nouvelles technologies ne semblent pas appropriées à la résolution des conflits familiaux pour lesquels les contacts directs entre le juge et les parties s'avèrent indispensables, puisque seul le dialogue permet de les responsabiliser et de les amener à régler leur différend.

Notre justice se dirige vers la dépossession des parties de ce contentieux, pour le confier à des machines. Une réappropriation du conflit par les justiciables est nécessaire, réappropriation qui, pour le moment, a été prise par le système judiciaire. Ce n'est pas un hasard si la médiation familiale fonctionne, car ce processus a su préserver ce contact humain qui a tendance à disparaître avec l'apparition des nouvelles technologies. Son avantage est qu'elle permet la recherche d'une solution par le dialogue, communication pendant laquelle les parties auront pu s'exprimer.

Les procédures de traitement des affaires familiales semblent se recentrer autour d'un même magistrat, le juge aux affaires familiales, qui détient la faculté de pouvoir insérer dans la procédure divers acteurs, afin de l'aider dans la résolution des conflits qu'il a à traiter. Professionnels du droit ou non, tous interviennent dans un seul but apaiser le litige et tenter de lui trouver la solution la plus adéquate possible. Les auxiliaires de justice interviennent dans cet objectif tout au long de la procédure, même si certains avocats restent des procéduriers et ne souhaitent qu'envenimer le conflit. L'enfant, lui, reste un acteur à part entière, ce dernier n'étant ni tiers, ni partie à l'affaire opposant ses parents. Il peut toutefois solliciter du juge aux affaires familiales une audition afin qu'il puisse s'exprimer sur son intérêt, uniquement s'il détient un discernement suffisant et que la procédure le concerne. Le recueil de sa parole va tout autant dans le sens d'aider le juge à prendre une décision répondant au mieux à la protection de son intérêt. Cependant, s'il ne répond pas à ces conditions, sa demande d'audition peut être rejetée par le juge. Quant aux non professionnels, leur mission est déterminée par ce magistrat afin de lui apporter les informations nécessaires dans des domaines qui sortent de sa compétence, et ce, toujours dans la finalité de donner une solution la plus juste à l'affaire.

Ce juge aux affaires familiales voit ses spécificités procédurales augmenter comme le démontrent les réformes issues de la loi du 12 mai 2009 relative à la simplification et à la clarification du droit et à l'allègement des procédures lui attribuant la tutelle des mineurs ainsi que la liquidation du régime matrimonial des époux, et la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants. Ces nouvelles attributions le confortent dans sa place de juge de la famille, cœur du Réseau famille issu du rapport de la Commission Guinchard, en cours de création. Pouvant également endosser le rôle de juge de la mise en état, il est également chargé de la bonne utilisation des modes de preuves, afin de préserver l'équilibre entre le respect de la vie privée, la liberté de parole, le principe du contradictoire et la recherche de la vérité.

Les nouvelles technologies font également leur apparition dans notre système judiciaire, avec la naissance de réseaux privés virtuels, chargés de faciliter la transmission d'actes et de pièces entre les différents acteurs de la justice. Toutefois, ne présentent-ils pas des risques dans le traitement des conflits familiaux déjà si difficile à résoudre ? Quel intérêt ont les parties à l'utilisation de ces réseaux ? Même s'ils permettent un gain de temps dans la procédure, ils ne présentent aucun avantage véritable pour les parties elles mêmes. En effet, ces dernières ont besoin d'être confrontées à leur juge afin qu'il entende leurs maux, et affirment la nécessité de ce contact humain afin de leur permettre de s'exprimer. Le législateur a d'ailleurs tout mis en œuvre pour qu'il perdure dans ces procédures familiales, tout en trouvant des réponses au désengorgement de ces juridictions. Les réseaux virtuels ne peuvent offrir une telle compréhension des litiges, ceux –ci renfermant trop de sentiments et d'émotion, sans oublier les conséquences financières et patrimoniales, qui dans la plupart des cas, nécessitent d'être discutées.

L'avenir de l'application des nouvelles procédures en la matière apportera les premières réponses, afin de savoir si l'efficacité attendue se présente, tout en intégrant ces nouvelles technologies. Seul le recul sur les pratiques et leur analyse rendront de leur rendement.

CONCLUSION

La justice familiale ne serait-elle pas en train de mobiliser tous ses acteurs au sein d'une même structure ?

L'analyse du traitement de la spécificité du traitement des conflits familiaux semble démontrer des techniques procédurales déjà explorées. Depuis le XVIIème siècle, le législateur est très versatile sur l'idée de confier cette justice à des juges non-juristes. L'expérience des tribunaux de famille illustre que ces juges non professionnels du droit n'étaient pas suffisants pour rendre des décisions conformes aux attentes du justiciable, ce dernier se tournant une nouvelle fois vers les juristes.

Ces procédures rendues aux magistrats, la question était de savoir, s'il fallait qu'elles continuent à être traitées par plusieurs juridictions ou par un juge unique. Cette problématique s'est posée suite aux tentatives des chambres de la famille, pointant du doigt les difficultés la complexité du système juridique en la matière. Ces dernières centralisaient l'ensemble des magistrats susceptibles de connaitre des procédures familiales, afin de favoriser la transmission des informations entre eux, lorsqu'ils étaient concernés par une même affaire, et ce dans le but d'accélérer la procédure.

En effet, avant la réforme de 1975, les prémices de la procédure de divorce débutaient devant le président qui recevait la requête et tentait la conciliation, cette compétence étant ensuite transmise au tribunal chargé d'instruire l'affaire et de la juger. La procédure s'obscurcissait en pratique par l'intervention du juge de la mise en état et du président statuant en référé ou par ordonnance sur requête, pour examiner les problèmes de l'après divorce soumis au droit commun et traités par d'autres juridictions, sans oublier la difficulté des appels des décisions avant dire droit qui pouvaient avoir lieu à tout moment de l'instance. Le nombre de magistrats pouvant intervenir dans une même affaire était étonnant, expliquant la lenteur des procédures et la méconnaissance des véritables problèmes par l'ensemble de ces juges. Les diverses mesures prises dans les dossiers ne pouvaient être que mal coordonnées entre elles, et

justifiaient le mécontentement du justiciable, qui ne pouvait que souffrir du dysfonctionnement du système.

La création du juge aux affaires familiales par la loi du 11 juillet 1975 permet au législateur de centraliser le contentieux de la famille entre les mains d'un juge spécialisé dans ce domaine. Il est ainsi chargé du contentieux du divorce, de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs et de concilier les époux. Tout au long de l'instance, ce juge aux affaires matrimoniales est seul et exclusivement compétent depuis le dépôt de la requête jusqu'à la fin du procès pour le divorce sur requête conjointe. Bien qu'il détienne l'exclusivité de l'instance, il reste subordonné à la collégialité au moment du divorce.

Cette faiblesse fera l'objet d'une autre réforme par la loi du 8 janvier 1993, qui substitue le juge aux affaires familiales au juge aux affaires matrimoniales, qui enfin connait du divorce du début jusqu'à la fin. Il détient des compétences plus étendues que celles du juge aux affaires matrimoniales, mais ne possède pas l'intégralité du contentieux.

Le contentieux familial ne cessant d'augmenter, il est urgent d'alléger le travail de ce juge aux affaires familiales dépassé par l'ampleur du phénomène. Mais c'est paradoxal, car en même temps, le législateur n'arrête pas d'attribuer des compétences au juge aux affaires familiales. De nouveaux moyens vont s'immiscer dans les procédures familiales, mettant en scène, une nouvelle fois, des acteurs non juristes, afin de répondre au mieux et au plus vite aux attentes du justiciable. C'est le cas de la médiation familiale, processus faisant intervenir un médiateur, tiers impartial, dont la mission est de tenter, à travers l'organisation d'échanges entre les parties, la confrontation des points de vue, et de rechercher une solution au conflit qui les oppose. Malgré son insertion dans le Code civil par la réforme du divorce du 26 mai 2004, elle reste très timide en pratique, obligeant le législateur à légiférer en la matière, afin de permettre au juge d'enjoindre les parties de rencontrer un médiateur familial dans le cadre d'un désaccord sur l'exercice de l'autorité parentale, avant toute audience.

La méfiance des professionnels du droit à l'égard de ce processus laisse à nouveau planer la crainte de l'inefficacité de celui-ci dans le contentieux de la famille. Cette crainte semble justifiée par l'expérience passée des tribunaux de famille qui a démontré que les non juristes nécessitaient tôt ou tard la présence des acteurs de la justice dans ce domaine. Après cette analyse historique, leur réaction est compréhensible.

Un autre procédé commence timidement à faire son apparition, toujours dans le but d'aider le juge aux affaires familiales dans le traitement de ses dossiers, afin de l'alléger : c'est le cas de la déjudiciarisation. Ce phénomène a fait son apparition en droit français par la réforme des successions et des libéralités du 23 juin 2006, transférant le changement de régime matrimonial au notaire. Cet exemple de déjudiciarisation reste le seul pour le moment, les multiples propositions de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel restant écartées, le législateur faisant preuve d'une certaine réticence à soustraire le passage devant le juge aux affaires familiales, même dans la mise en place d'une procédure plus allégée et plus simplifiée. Il demeure une garantie pour le justiciable dans la protection des intérêts de l'enfant, sans oublier, qu'il demeure une autorité neutre entre les parties, permettant la préservation de ses droits dans le cadre de la procédure de divorce. Cette déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel est toujours d'actualité, puisqu'elle fait de nouveau l'objet d'un projet de loi relatif à la répartition du contentieux et à l'allègement de certaines procédures judiciaires a été présenté en conseil des ministres le 3 mars 2010 et se trouve toujours en attente d'être discuté devant le Parlement. Ce texte est la suite du travail de modernisation entrepris par la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit et d'allègement des procédures, faisant suite au rapport Guinchard sur la répartition des contentieux. La procédure du divorce par consentement mutuel serait allégée pour les couples n'ayant pas d'enfants. Ces derniers seraient alors dispensés de comparaitre personnellement et obligatoirement devant le juge aux affaires familiales. Un décret d'application devrait préciser les pièces nécessaires permettant au juge, dans le cas où les parties ne comparaissent pas, afin de s'assurer que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.

Le rapport de la Commission Guinchard est à l'origine de tous les bouleversements procéduraux que connaissent les conflits familiaux. Certaines de ses propositions ont déjà fait l'objet de textes de loi déjà en vigueur. L'objectif de ce rapport est la création d'un pôle de la famille regroupant un Réseau Famille dans lequel serait centralisé l'ensemble des acteurs susceptibles de connaitre de ce domaine. Ce pôle de la famille semble avoir pour noyau le juge aux affaires familiales, qui au fil des réformes parait se doter de spécificités procédurales, comme l'illustre le transfert de la tutelle des mineurs du juge des tutelles à ce juge aux affaires familiales, ou encore sa compétence en matière de liquidation du régime matrimonial des époux, et enfin ses attributions dans le cadre des violences conjugales, qui lui permettent de devenir un juge pénal n'exerçant pas que de la justice douce, ce dernier pouvant être amené à prendre des mesures répressives dans ce domaine.

Il est en train de devenir le juge de la famille, tout en collaborant avec d'autres magistrats, dont le juge des tutelles et le juge des enfants, possédant leurs propres compétences dans le contentieux familial, ce dernier restant large. L'ensemble de ces magistrats est centré dans le pôle de la famille, afin de travailler main dans la main dans un même contentieux, collaboration qui peut s'avérer très utile, lorsqu'une même affaire concerne plusieurs magistrats de ces procédures familiales, leur offrant une transmission de l'information plus efficace.

Ce pôle de la famille ressemble beaucoup à la chambre de la famille, expérience commencée en 1963 au tribunal de grande instance de Bordeaux, et qui malheureusement ne fit l'objet d'aucun texte législatif, ni réglementaire. Sa mise en place a suscité des réactions du législateur, dont la concentration du contentieux entre les mains d'un juge spécialisé.

Il fonctionne avec des acteurs professionnels du droit, comme les notaires et les avocats, dont les rôles sont bien déterminés, et des acteurs spécialisés dans des matières spécifiques, intervenant toujours dans un but précis, celui de faciliter le travail du juge aux affaires familiales en offrant une solution la plus appropriée à chaque litige. Est-ce catastrophique qu'il existe des conflits familiaux qui nécessitent d'être réglés par des tiers ? Est-ce le signe d'une dégradation de la société ou des mœurs ? Porter un conflit devant un tiers est un progrès considérable, car on permet un regard extérieur sur la famille.

Les modes de preuves utilisés dans ce contentieux devront intervenir tout en respectant un certain équilibre entre le respect de la vie privée, la liberté de parole, le principe du contradictoire et la recherche de la vérité, et ce, sous le contrôle du juge aux affaires familiales, endossant les attributions de juge de la mise en état.

Enfin ce pôle de la famille bénéficie des nouvelles technologies grâce à la création de plusieurs Réseaux Privés Virtuels favorisant la transmission d'actes et de pièces entre les différentes professions du droit et les tribunaux, et ce, dans l'objectif de gagner le plus de temps possible dans le traitement de ces conflits familiaux.

Les bases de la construction de cette institution commencent à apparaître. Cependant, d'autres réformes devraient voir le jour, et le législateur n'a toujours pas répondu à un problème récurent de la justice de la famille, celui du manque de moyens. En effet, l'absence de personnel commence à se faire cruellement sentir, comme le démontre le difficile transfert de la tutelle des mineurs au juge aux affaires familiales, les juridictions ne disposant pas de personnel suffisant pour mener à bien cette réforme.

Il en va de même pour les diverses propositions de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, qui impliquerait un certain manque à gagner pour certaines professions du droit, en fonction de la compétence de l'acteur judiciaire qui en bénéficierait. Ainsi, c'est le cas des avocats, si ce divorce était confié au notaire, puisque ce contentieux concerne une partie plus ou moins importante de l'activité de nombreux cabinets d'avocats.

Quant aux notaires, s'ils bénéficiaient de cette déjudiciarisation, un enjeu de marché et de coût pourrait se produire : en effet, les frais notariés sont très élevés. Ce divorce ne deviendrait-il pas l'apanage des justiciables plus aisés ? Ne risque-t-on pas de violer le principe d'égalité des justiciables devant la loi ?

Pour le greffier, s'il lui était confié le divorce par consentement mutuel, le justiciable n'y trouverait guère intérêt, puisque dans tous les cas, un fonctionnaire de la République connait du divorce, et que le juge en connaitra obligatoirement en cas de difficultés.

Le législateur sera une nouvelle fois exposé aux mêmes dilemmes, qui ne pourront être résolus sans moyens financiers permettant d'obtenir le personnel nécessaire au traitement de ces conflits familiaux.

Le personnel, l'humain, voilà une autre caractéristique de ces procédures familiales. Depuis la loi du 11 juillet 1975, le législateur œuvre pour que le juge connaisse le mieux possible ses parties. Pour cela, il a doté ce magistrat d'une mission de conciliation, afin de tenter à établir un dialogue entre les parties, dialogue qui, lorsque le litige le permet, peut être prêté au médiateur familial. Ce dialogue est aussi important lors de la phase de l'audition du mineur, moment difficile pour l'enfant qui, pour la première fois de son existence, doit discuter avec un magistrat. Il est de son devoir de tout mettre en œuvre pour mettre l'enfant à l'aise afin d'obtenir de lui les informations qu'il attend pour prendre une décision conforme à la protection de son propre intérêt. Cette intimité avec le juge se retrouve également dans les audiences de ce dernier qui se déroulent en chambre du conseil, afin de faciliter la liberté de parole des parties.

Le contact humain perdure, lorsque le juge aux affaires familiales fait appel à des acteurs spécifiques, comme des psychologues, des psychiatres ou bien encore des assistantes sociales, professions diverses qui demandent un certain doigté afin de parvenir à ce que les personnes qu'elles traitent se libèrent par les mots. Est-ce catastrophique qu'il existe des conflits familiaux qui nécessitent d'être réglés par des tiers ? Est-ce le signe d'une dégradation de la société ou des mœurs ? Porter un conflit devant un tiers est un progrès considérable, car on permet un regard extérieur sur la famille.

L'insertion de ces nouvelles technologies dans les conflits familiaux ne présente un véritable intérêt que pour les professionnels de la justice, le justiciable en bénéficiant, mais seulement du point de vue de la gestion du temps de la procédure.

S'il existait une solution évidente qui satisfasse de façon équilibrée tout le monde, le justiciable, le contribuable et la justice, on l'aurait trouvé. Il faut espérer que notre justice ne dépossède pas les parties de ce contentieux, dans le but de le confier à des machines. La médiation familiale semble faire en sorte de préserver la maitrise du contentieux par les parties, ce processus sachant protéger le contact humain indispensable à la résolution de ces litiges.

La solution ne serait-elle pas de diversifier les procédures ? Aujourd'hui, le législateur offre une palette de procédures aux parties en conflit pour leur permettre de les gérer bien en amont d'un procès civil. C'est le cas par l'acte contresigné par avocat, la procédure participative de négociation assistée par avocat, la médiation familiale conventionnelle qui avant l'apparition du juge dans la gestion du conflit. Lorsque le juge est saisi, il a la possibilité d'encourager les parties à résoudre leur litige par la médiation familiale judiciaire, quand il estime que ce processus est adéquat à l'affaire à traiter. Le juge intervient réellement lorsque le conflit est trop important, et que la justice est la seule solution pour le régler.

Cette évolution considérable pour diversifier, adapter et proposer des voies diverses permet d'éviter d'enfermer le traitement des conflits familiaux dans un moule unique, tout en prenant compte de l'aspect familial, psychologique et financier. Même si cette évolution n'est pas terminée, le justiciable détient une adaptation moderne avec des réformes allant dans le sens d'un meilleur fonctionnement de l'appareil judiciaire.

La mise en œuvre de ce paysage moderne de la justice familiale révèlera si l'ambition a été atteinte. Le temps est à tester et le législateur doit prendre du recul avant de commencer à analyser les premiers résultats de ces réformes.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 7

PARTIE 1 : LA QUETE D'UNE JUSTICE DE LA FAMILLE 35

CHAPITRE 1 : Du XVII au XXème : les tâtonnements de la justice familiale 37

SECTION 1 : Une justice familiale rendue par des juges non juristes : l'expérience des Tribunaux de famille 39

§1 L'apparition des Tribunaux de famille 39

A Les textes fondateurs de ces institutions 40

B La procédure appliquée 41

§2 La Révolution française et le développement des tribunaux de famille 43

A Le renouvellement philosophique et l'émergence d'une nouvelle vision du droit de la famille 43

B L'institution et la procédure des tribunaux de famille 51

§3 L' « échec » des tribunaux de famille 54

A Le déclin des tribunaux de famille. 55

B Les causes de l' « échec » des tribunaux de famille 57

SECTION 2 La question de la justice familiale face à l'évolution du droit de la famille 60

§1 Les réformes ponctuelles sur la famille de l'enfant légitime, naturel et adultérin. 60

§2 L'admission délicate du divorce en droit français 61

SECTION 3 : La spécialisation du juge et la concentration du contentieux 69

§1 L'expérimentation de la chambre de la famille 69

A La notion de « Chambre de la famille » 70

B Analyse de leur fonctionnement 74

C. Critiques des chambres de la famille 86

§2 L'apparition d'un juge aux pouvoirs limités dans les conflits familiaux : le juge aux affaires matrimoniales 88

A L'exclusivité de l'instance consacrée au juge aux affaires matrimoniales 90

B Un juge subordonné à la collégialité au stade du jugement de divorce 92

C Les recours possibles contre les décisions de ce juge du divorce 94

D. L'élargissement des compétences du juge aux affaires matrimoniales par la loi du 22 juillet 1987 99

CHAPITRE 2 : Un juge pour les affaires familiales : le juge aux affaires familiales 102

Section 1 : Le cœur du contentieux familial remis entre les mains d'une juridiction unique 104

§1 L'institution d'un juge unique des conflits familiaux aux compétences élargies : le juge aux affaires familiales 105

A La volonté de regroupement du contentieux familial entre les mains d'un seul juge 105

B L'autonomie juridictionnelle restreinte du juge aux affaires familiales. 112

C. Le manque d'unification des procédures. 113

§2 Vers une unification progressive du contentieux familial ? 118

A.Les réserves de compétences au profit d'autres juridictions. 118

B.Les partages et les conflits de compétences subsistants 119

C.Un renforcement des attributions du juge aux affaires familiales en matière de conflits familiaux : 122

SECTION 2 : Le dépassement du recours au juge aux affaires familiales 149

§1- Le développement des modes alternatifs de règlement des conflits : La médiation familiale conventionnelle et judiciaire. 150

A Le principe de la médiation familiale 151

B La médiation familiale et l'enfant 169

C La concrétisation du souhait d'une médiation familiale plus présente 171

§ 2 La déjudiciarisation 180

A Une déjudiciarisation du droit de la famille amorcée en droit patrimonial de la famille 181

B. Un divorce sans juge ? Les tentatives de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel 183

C. La déjudiciarisation de certaines actions exercées devant le juge aux affaires familiales. 194

SECTION 3 : La collaboration du juge aux affaires familiales avec d'autres juges dans le traitement des conflits familiaux 196

§1 L'intervention du juge des enfants 198

A.Son domaine de compétence 198

B.Sa collaboration avec le juge aux affaires familiales 199

§2 L'intervention du juge des tutelles 201

A.Les attributions du juge des tutelles 201

B. Sa collaboration avec les autres juges de la famille 204

§3 La commission Guinchard et le Réseau famille. 206

A.La désignation de magistrats « coordonateurs » 206

B.Les propositions de coordination au sein du Réseau Famille 207

C.Les échanges d'information entre les juges de la famille : nouveauté véritable ? 208

PARTIE 2 : LES PROCEDURES DE TRAITEMENT DES AFFAIRES FAMILIALES 213

CHAPITRE 1 : L'introduction d'acteurs 215

SECTION 1 : L'intervention des auxiliaires de justice 218

§1 L'apparition du notaire dans le règlement des conflits familiaux 218

A Un rôle élargi dans la procédure de divorce 218

B.Sa mission d'expert judiciaire 228

§ 2 L'avocat : un chercheur d'une solution acceptable pour chacune des parties 230

A.La nouvelle mission de l'avocat issue de la loi du 26 mai 2004 231

B.Un conseil plus présent en matière de règlement amiable des conflits 237

§3. La collaboration du notaire et de l'avocat dans la procédure de divorce 246

A.Les relations entre l'avocat et le notaire lors de l'élaboration d'un accord entre les époux 247

B.Les relations entre l'avocat et le notaire en l'absence d'accord entre les époux. 249

SECTION 2 : L'insertion d'acteurs spécialisés. 251

§1 L'encadrement de la place de l'enfant lors des procédures familiales 251
A.Une partie représentée dans l'ensemble des domaines du droit de la famille 252
B.Une partie entendue dans l'ensemble des procédures la concernant. 257
C.L'enfant et ses juges* 259
D.Une partie entière dans la procédure d'assistance éducative 264
§2. L'avocat : un accompagnateur lors de l'audition du mineur 266
A.Sa mission : 267
B.La procédure d'audition du mineur 273
§3 L'intervention d'acteurs d'aide à la décision 282
CHAPITRE 2 : Les spécificités procédurales 288
SECTION 1 : L'augmentation des pouvoirs du juge aux affaires familiales 289
§ 1.Les nouveaux pouvoirs du juge aux affaires familiales en matière de liquidation de régimes matrimoniaux 290
§2.Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de tutelle des mineurs 291
§3.Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de violences conjugales : un juge protecteur 292
A.Les modifications civiles de la réforme 293
B.Le développement de la pénalisation 303
SECTION 2 : Les modes de preuves utilisés dans le cadre des conflits familiaux 308
§1.L'objectif de ces divers modes de preuves 308
§2. Des modes de preuve utilisés en fonction de la prise en compte de certains principes. . 309
A.La protection de la vie privée et de la dignité des liens parentaux. 309
B.La prédominance de la recherche de la vérité. 315
C.La liberté de parole lors de l'audience de conciliation 322
D.Leprincipe du contradictoire 323
SECTION 3 : Le traitement des conflits familiaux face à l'évolution technologique de la justice civile 327

§1.Les nouvelles technologies au service des professions du droit : La mise en place de réseaux privés virtuels 327

A.La délicate mise en place du procédé 328

B. Les craintes de la profession d'avocat face à cette modernisation de la justice 331

§2.Les conflits familiaux face à la modernisation de la justice 333

CONCLUSION 339

TABLE DES MATIERES 346

BIBLIOGRAPHIE 351

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux et traités

CADIET (L.) (dir.) Dictionnaire de la justice, P.U.F 2004*

CARBONNIER (J.) Pour une sociologie du droit, Flexible droit 1988 (6ème édition)

CARBONNIER (J.), Essai sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, 1995 (2ème édition)

CARBONNIER (J.), Droit et passion du droit sous la Vème République, Flammarion, 2006

CARBONNIER (J.), Ecrits, P.U.F, 2008

DEBOVE (F.), SALOMON (R.), JANVILLE (T.), Droit de la famille, Dyna'Sup Droit, 2010 (5e édition)

HALPERIN (J.-L), Histoire du droit privé français depuis 1804 ; Collection Droit Fondamental, P.U.F, 1996 (1ère édition)

LASSERRE- JEANNIN (F.*)*, Institutions juridictionnelles et procès, Foucher, 2007, p.102

PARQUET (M.), Droit de la famille, Breal Lexifac Droit, 2009 (3e édition)

TAISNE (J.-J), Institutions juridictionnelles, Dalloz, 2010, 12ème édition

II. Ouvrages spéciaux, thèses

ACTES DE L'EUROPE, La médiation familiale en Europe, 4e Conférence européenne sur le droit de la famille, Conseil de l'Europe, 2000

BABU (A.), BONNOURE-AUFIERE (P.), Guide de la médiation familiale, ERES, 2006

BADINTER (R.), Une autre justice 1789 -1799, Fayard, 1989

BART (J.), Histoire du droit privé de la chute de l'Empire Romain au XIXe siècle, Montchréstien

BOURRY D'ANTIN (M.), PLUYETTE (G.), BENSIMON (S.), Art et technique de la médiation, Litec, 2004

CABRILLAC (R.), Droit des régimes matrimoniaux, Montchrétien (7ème édition), 2011

CADIET (L.), GRIDEL (J.-P), HERON (J.), LAMBERT (C.), MESTRE (J.), NORMAND (J.), PAILLET (M.), PUTMAN (E.), RENOUX (T.), VIDAL (D.), VITU (A.), Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?, Dalloz Thèmes et Commentaires, 1996

CADIET (L.) (dir.), **CLAY (T.), JEULAND (E.)**, Médiation et arbitrage, Alternative dispute résolution, Litec, 2005

CATALA (P.), Le Code civil, son passé, son présent son avenir, Dalloz éd., 2004

DAMAS (P.), Les origines du divorce, étude historique de la loi du 20 septembre 1792, Thèse pour le doctorat, Faculté de Bordeaux, 1901

FENOUILLET (D.) (dir), DE VAREILLES-SOMMIERES, HAUSER (J.-P), La contractualisation de la famille, éd Economica, 2001

FRISON (D.), Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques, Edition Ellipse, 2005 (3ème édition)

GUINCHARD (S.), L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, Collection des rapports officiels, La Documentation Française, 2008

LEVY-ULLMANN (H.), Le système juridique de l'Angleterre, Edition Panthéon-Assas, 1999

NAQUET (A.), La loi du divorce, 1903

NEMADIEU (E.), « Traitement du contentieux bancaire », Th. Univ, Doctorat droit privé, Université de Saint- Etienne, dir. P. ANCEL, soutenue le 24 mars 2011

PETIT (J.-G), Une justice de proximité : la justice de paix 1790 - 1958, P.U.F, 2003

RICHARD (P.), Introduction au droit italien : institutions juridictionnelles et droit procédural, Edition L'Harmattan, 2004

ROYER (J.-P), JEAN (J.-P), DURAND (B.), DERASSE (N.), DUBOIS (B.), Histoire de la justice en France du XVIIIe siècle à nos jours, P.U.F, 2010 (4e édition)

ROYER (J.-P), Histoire de la justice en France, P.U.F, 1996

SEGALEN (M.), Sociologie de la famille, éd. A. COLIN, 2000

SZRAMKIEWICZ (R.), BOUINEAU (J.), Histoire des institutions de 1750 à 1914, Litec, 1998

TRICOT (J.-P), La médiation judiciaire, l'Harmattan, 2008

VAN COMPERNOLLE (J.) (dir.), LEDOUX (J.-L), Le notaire, le juge et l'avocat, heurs et malheurs du notaire commis, édition BRUYLANT 1996

VILLARD (P.), Histoire des institutions publiques de la France de 1789 à nos jours, Dalloz Mementos, 2004 (8e édition)

III. Articles et chroniques :

ALBOU (E.)

Les modes de preuve électronique dans la procédure de divorce ou de séparation, AJF 2009 p.344

ALLAER (C.)

L'expérience lilloise de la Chambre de la famille, JCP, 1968, I, 2204

ALMEIRAC (G.)

Des conflits familiaux et de leur solution dans notre droit actuel, Gaz. Pal, 1973, p.214

AMRANI-MEKKI (S.)

Efficacité et nouvelles technologies, Procédures n°4, Avril 2010, dossier 5

ATIAS (D.)

L'avocat d'enfants et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales, Dossier audition de l'enfant, AJF 2009, p.330

BASTARD (B.)

L'évolution des politiques familiales et de l'enfant en Europe, Colloque européen « l'enfant et la médiation familiale en Europe », Revue de l'Union nationale des associations familiales 92-93, 2010, p.13

BASTIEN-RABNER (F.)

Le charme discret de la loi Malhuret (Une reconnaissance imparfaite du droit de l'enfant à l'égalité parentale), JCP 1992, I, p.3613

BAZIN (E.)

Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples, JCP G n°39, 27 septembre 2010, 957

L'huissier de justice au service de la preuve en matière de divorce, Procédures n°10, Novembre 2010, p.286

BIGOT (J.), SCHAUDER (C.)

Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales, AJF 2009, p.324

BEIGNIER (B.)

Beau-parent ou tiers ? , Dr. famille Juin 2009, repère 6

BENICHOU (M.)

Sécurité juridique et acte contresigné par Avocat, Avocat et droit, mars, mai 2011, p.40

Avocats et droit : Le magazine du Conseil National des Barreaux

BLERY (C.)

Loi de simplification et de clarification du droit et allègement des procédures : aspects d'organisation judiciaire du contentieux familial, Procédures n°7, Juillet 2009, alerte 38

Répartition des contentieux et allègement de certaines procédures juridictionnelles – Aspects civils de la loi du 13 décembre 2011, JCP G 2011, 1465

BRETON (M.-E), CLAUX (P.-J)

Notaire-avocat : une synergie nécessaire, AJF 2005, p.5

BRUGGEMAN (M.)

Adaptation de la procédure aux transferts de compétence en matière de protection juridique des mineurs et des majeurs, Dr. famille, Février 2010, alerte 10

Tutelle des mineurs, le transfert de compétence reporté par l'effet de la circulaire, Dr. famille n°10, Octobre 2009, alerte 72

BOBANT (A.), CAPRIOLI (E.-A)

Le constat en ligne par l'huissier de justice, Procédures 2007, p. 192

BOCCARA (E.)

RPVA : épilogue, première partie, Gaz. Pal, dimanche 13 au mardi 15 mars 2011, p.9

RPVA : fin de la guerre froide, Gaz. Pal, dimanche 3 au mardi 5 avril 2011, p.7

BOILLOT (C.)

La convention de procédure participative, Profession Avocat Le Magazine n°20, Mars-Avril 2011, p.31

BONNET (E.)

La convention de procédure participative, Procédures n°3, Mars 2011, alerte 11

BOUNNOURE-AUFIERE (P.)

L'écrit des accords en médiation familiale : de l'intention à l'action; AJF 2003, p° 177.

BOURRAT-GUEGUEN (A.)

Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal, Dr. famille 2010, étude 15

CADIET (L.)

A la recherche du juge de la famille, Famille et Justice, justice civile et évolution du contentieux en droit comparé, L.G.D.J, PARIS, 1997, p.235

CADIET (L.), AMRANI-MEKKI (S.), CLAY (T.), JEULAND (E.), SERINET (Y.-M)

Chronique de droit judiciaire privé, JCP G n°22, 30 mai 2011, 666

CALDERON-BRUNEAU (D.)

La médiation familiale, Dr. famille n°6, Juin 2011, prat.1

CARBONNIER (J.)

Vertu du mariage, Ecrits, P.U.F, 2008, p.239

Pas de droit si l'on refuse le droit, Ecrits, P.U.F, 2008, p.249

Statistique du divorce, état des recherches, Ecrits, P.U.F, 2008, p.280

A chacun sa famille, à chacun son droit, Essai sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois, 1995 (2ème édition), p.181

Vis Famille, législation et quelques autres, Pour une sociologie du droit sans rigueur, Flexible droit, 1988 (6ème édition), p.201

CARON-DEGLISE (A.), VERHEYDE (T.)

La nouvelle juridiction des tutelles : entre scission et rattachement au Réseau Famille, AJF 2008, p.324

CASEY (J.)

Liquidation et pouvoirs du juge aux affaires familiales : une circulaire discrète mais ferme !, Gaz. Pal du vendredi 10 et samedi 11 septembre 2010, p.7

Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial : le divorce de la raison et du possible ? Dr. famille, Janvier 2008, p.7

L'acte contresigné par avocat : à venir ou sans avenir ?, Gaz. Pal, vendredi 21, samedi 22 mai 2010, p.6

CATALA (P.)

La métamorphose du droit de la famille, in Le Code civil, son passé, son présent son avenir, Dalloz éd., 2004, p. 341

CHARIOT-LECUYER (V.)

La collecte des informations : les fichiers, AJF 2009, p.373

CHEZEAUBERNARD (G.)

Les huissiers et la modernisation de la justice : colloque de Lyon du 25 novembre 2010, Le nouveau Journal des huissiers de justice, Décembre 2010, p.38

CHOUK (A.)

Compétence et organisation des juridictions, Fiche pratique, AJF 2010, p.420

CLAUX (P.-J)

Le nouveau rôle du notaire, AJF 2004, p.227

COIGNAC (A.)

E-barreau et dématérialisation des procédures : « on ne va pas faire une justice virtuelle », JCP G Janvier 2010, 46

La querelle e-barreau : vers une mutualisation de l'outil ?, JCP G Septembre 2010, 939

COMMAILLE (J.)

La justice familiale comme problème politique », Familles et Justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, LGDJ 1997, p.68

CORPART (I.)

Intensification de la lutte contre les violences conjugales – Commentaire de la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010, Dr. famille n°11, Novembre 2010, étude 28

CREBASSA (M.)

L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et par le juge des enfants, AJF 2009, p.328

CROZE (H.)

Report de la communication électronique obligatoire devant la cour d'appel, Procédures n°1, Janvier 2011, repère 1

DAHAN (J.)

La place de l'enfant en médiation familiale : panorama des pratiques et des concepts en Europe, Colloque européen « l'enfant et la médiation familiale en Europe », Revue de l'Union nationale des associations familiales 92-93, 2010, p.20

DAVID (S.)

L'expertise judiciaire, AJF 2009, p.430

DEPONDT (A.)

Réflexion sur le rôle du notaire dans le nouveau divorce, Defrénois n°23/06, p.1815

DERRIDA (F.)

La désacralisation du mariage. Le mariage évolue t-il vers la vente à réméré ?, LPA, 16 avril 2008 n°77, p.4

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

La contractualisation de la famille entre leurre et instrumentalisation », in Approches critiques de la contractualisation, L.G.D.J, 2007, p.167

DOUCHY-OUDOT (M.)

Activité judiciaire en matière familiale, Procédures n°1, Janvier 2011, comm. 16

Tutelle, Procédures n°2, février 2010, comm. 39

Panorama Famille-Personne-Succession : Contentieux familial, Recueil Dalloz, 21 avril 2011 n°16, p.1107

Convention de procédure participative, Procédures n°3, mars 2011, comm. 99

L'audition de l'enfant en justice, Procédures n°8, Aout 2009, étude 7

Régimes matrimoniaux et indivisions, Procédures n°2, Février 2010, comm. 38

Panorama : Famille-Personne-Succession : Contentieux familial, Recueil Dalloz, 22 avril 2010, n°16, p.989

Nouvelle compétence du juge aux affaires familiales : l'ordonnance de protection issue de la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010, Procédures n°10, Octobre 2010, alerte 37

Quelle protection contre les violences au sein du couple ?, Procédures n°12, Décembre 2010, étude 9

Aménagement des règles procédurales, Procédures n°2, Février 2012, comm. 43

ELIACHEFF (C.), HUERRE (P.)

Le J.A.F et l'enfant, AJF 2009, p.323

FEDOU (G.)

L'expérience française de la chambre de la famille, Rev. Trim. Dr. Sanitaire et soc, n°25, Janvier-Mars 1971, p.26

FOSSIER (T.)

Le réseau famille, AJF 2008, p.319

FRANCOZ-TERMINAL (L.)

Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire, Dr. famille, Septembre 2009, p.16

FRICERO (N.)

Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société, JCP 2008, I, 162

Qui a peur de la procédure participative, Pour une justice, autrement…, Mél. Guinchard, Dalloz, 2010, p.145 s.

L'expertise judiciaire en mutation ! JCP G n°20, 16 mai 2011, 572

Entretien, RJPF Décembre 2011, p.6

FULCHIRON (H.)

Vers un divorce sans juge. A propos des projets de divorce « notarial, D .2008, chr, p.365

GANANCIA (D.)

Quand la médiation familiale entre dans le code civil, AJF 2003, p.48

GEBLER (L.)

L'enfant et ses juges. Approche transversale des procédures familiales, AJF 2007, p.390

La nouvelle tarification des enquêtes sociales ordonnées par le juge aux affaires familiales, ou l'art difficile de réformer en période de crise…, AJF Mars 2011, p.149

Enquêtes sociales : du nouveau, AJF Février 2011, p.66

GOUTTENOIRE (A.)

L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir, AJF 2003, p.368

Droit de la famille, JCP G n°28, Juillet 2009, chron, 115

Un beau-parent peut en cacher un autre, Dr. famille 2006, alerte 10

GOUTTENOIRE (A.), BOSSE-PLATIERE (H.), FAVIER (Y.)

Droit de la famille, JCP G n°28, Juillet 2009, chron, 115

GOUTTENOIRE (A.), COUTANT-LAPALUS (C.), BOSSE-PLATIERE (H.), FAVIER (Y.)

Droit de la famille, JCP G n°1, Janvier 2011, 29

GRANET (P.)

La communication électronique devant les tribunaux de grande instance est en marche, JCP G 2008, act, 599

GRATALOUP (S.)

L'interprétation de la Convention EDH à la lumière de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfant, Dr. famille 2002, chron.2

GRAYOT (S.)

Le droit à un procès équitable à l'aune des nouvelles technologies, Procédures n°4, Avril 2010, dossier 2

GRIDEL (J.-P)

Le juge aux affaires familiales, Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?, Dalloz Thèmes et Commentaires, 1996, p.53

GROSLIERE (J.-C)

Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme orchestre du divorce), D. 1976, chron. p. 73

HAUSER (J.)

L'enfant et ses trois juges, RTD civ, 2004, p.498

Compétences tutélaires : la pétaudière normative !, RTD civ Octobre-Décembre 2009, p.100

Le contentieux familial en France : la forme et le fond, Familles et Justice, justice civile et évolution du contentieux en droit comparé, L.G.D.J, PARIS, 1997, p.87

HALPERIN (J.-L)

La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou « les juristes, comment s'en débarrasser », in La famille, la loi et l'Etat, Paris 1989, p°292-304

JALLAMION (C.)

Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire, Gaz.Pal, vendredi 16 samedi 17 janvier 2009 p.3

JUSTON (M.)

L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ?, Dr. famille, Janvier 2010, étude 2

L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant, Dr. famille, Mars 2008, étude 10

Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins ?,AJF Septembre 2009, Dossier Audition de l'enfant, p.320

KIEFE (S.)

De la chambre de la famille, au juge aux affaires matrimoniales (JAM) et au juge aux affaires familiales (JAF), Gaz. Pal, 1993, II, doctrine, p. 838

KROSS (J.-C)

Familles éclatées, procédures dispersées, Gaz. Pal, 1991, II , doctrine, p.756

Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales, Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales, Colloque du 14 octobre 1993, Presse Universitaire de Strasbourg, p.71

LA MESTA (M.), J. LEBORGNE (J.), E. BARBE (E.)

Communication des pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles : Présentation du décret n°2009-398 du 10 avril 2009, AJF 2009, p.216

LAPLAUD (J.-C)

La médiation familiale en France : Points de vue des médiateurs et des services », Colloque des 11 et 12 juin 2009 sur la médiation familiale en Europe, Réalités familiales, Revue de l'Union nationale des associations familiales, p. 11

LARRIBAU - TERNEYRE (V.)

Le juge aux affaires familiales. (Commentaire de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 instituant le juge aux affaires matrimoniales et du décret d'application n°94-42 du 14 janvier 1994), D 1994, p.141

La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Première partie : Variations sur les intentions du législateur, Dr. famille, Juin 2004, étude 13

La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Troisième partie : Les risques d'immobilisme, Dr. famille 2004, étude 19

Faut-il réglementer la médiation familiale ?, JCP 1993, I, 3649

En projet : quelques modifications de procédure concernant le divorce (projet de loi du 3 mars 2010 relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles), Dr. famille n°4, Avril 2010, comm. 58 ; Divorce : activité législative, Synthèse 2010, AJF Mars 2011, VIII

Infortune et regrets – (A propos de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures : suite…), Dr. famille n°12, Décembre 2009, étude 33

Opérations de liquidation après divorce : précisions, Dr. famille n°1, Janvier 2010, étude 3

Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ? – (A propos de la circulaire du 16 juin 2010 (n° CIV/10/10) ayant pour objet la présentation de l'article 14 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 et du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009), Dr. famille n°1, Janvier 2011, étude 5

Où l'enfant demande à être entendu dans le divorce de ses parents et où sa demande n'est pas entendue », Dr. famille, Juin 2010, comm.96

Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille, Dr. famille n°9, Septembre 2009, étude 29

La protection civile contre les violences étendue aux couples non mariés et séparés, Dr. famille n°10, Octobre 2010, comm. 142

Où l'on reparle des droits du beau-parent, Dr. famille 2008, repère 5

LECLERCQ (V.)

La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004, Dr. famille. 2004, étude 23.

LEDOUX (J.-L)

Nul ne peut servir deux maitres, Mélanges J. VAN COMPERNOLLE, édition BRUYLANT 2004, p.333

LEROYER (A.-M)

Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédure», RTD Civ 2009, p.584

LETELLIER (H.)

L'acte d'avocat en bref…et en trois points, AJF Juin 2011, p.

LIENHARD (C.)

La compétence du juge aux affaires matrimoniales en tant que juge des référés entre le dépôt de la requête en divorce et la tentative de conciliation, Recueil Dalloz Sirey, 1985, Chronique IV, p.15

Les matières du droit de la famille concernées par l'acte d'avocat, AJF Juin 2011, p.291

Audition de l'enfant : enfin le décret mode d'emploi, AJF 2009, p.235

Procédures familiales et stratégie : procès familial équitable, les relations de l'avocat avec les acteurs de l'aide à la décision », AJF 2007, p.347

La nouvelle part des acteurs de la justice familiale, Mélanges Simler, Litec, Dalloz 2006, p.201

LUBY (M.), POILLOT-PERUZZETTO (S.)

Droit international et européen, JCP 2008, I, 161

LUNDANDERSEN (I.)

European Family Law in Action, Vol 1: Grounds for divorce, Intersentia éd., Anvers et Oxford, 2003, p.117

MAIZY (M.-B), CADARS BEAUFOUR (C.)

Incidence procédurale de la faute, AJF Février 2011, p.74

MARCHAL (C.), MICALLEF-NAPOLY (L.)

La place de l'enfant dans les procédures familiales, AJF 2009, p.472

MARZOTTO (C.)

L'aide à la famille dans ses transitions critiques : l'évolution de la pratique de la médiation familiale en Italie, L'évolution du concept de la famille en Europe, depuis trente ans : Etude pluridisciplinaire, édition BRULAND, 2009, p.125

MASSIP (J.)

Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice-(Observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application), Dr. famille n°9, Septembre 2010, étude 22

MASSIP (V.)

Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993, Gaz. Pal., 19-21 septembre 1993, pp.2-34, spéc. n°44

MAUGER-VIELPAU (L.)

Aspects familiaux de la loi du 13 décembre 2011, JCP G n°5, 30 janvier 2012, 90

MICHAUD (P.)

Acte d'avocat : l'acte de la liberté contractuelle sera-t-il une révolution ?!, Gaz. Pal, dimanche 27 au mardi 29 mars 2011, p.11

MINIATO (L.)

La réforme des procédures de divorce par la loi du 26 mai 2004 et le décret du 29 octobre 2004 : le changement dans la continuité, Dr. famille. Décembre 2004, étude 29

MIRKOVIC (A.)

Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible, Dr. famille 2009, étude 28

MONNIER (A.)

Le baby-boom suite et fin, in Population et sociétés, n°431, INED, février 2007

MORACCHINI- ZEIDENBERG (S.)

L'autorité parentale et les tiers, Dr. famille, Avril 2010, étude 7

MORANCAIS-DEMESTER (M.-L)

Vers l'égalité parentale, D. 1988, chr. 7

MULON (E.)

Etat des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale, Gaz. Pal, Vendredi 4 et samedi 5 février 2011, p.8

La demande d'audition de l'enfant doit être présentée par l'intéressé, Revue Juridique Personne et Famille, Janvier 2008, p.22

NICOLAS-MAGUIN (M.-F)

Pouvoir du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987, D. 1988, chr. 307

NORMAND (J.)

Droit judiciaire de la famille et contrat, in La contractualisation de la famille, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, éd Economica, 2001, p. 211.

OST (F.)

Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge », La force du droit, édition BRUYLANT, 1993, p.241

PARCHEMINAL (H.)

Le juge aux affaires familiales nouveau juge des conflits familiaux (L.n°93-22, 8 janvier 1993) », JCP 1994, I, 3762

PERRIN (C.)

L'expertise judiciaire en droit de la famille, AJF 2008, p.25

PIETTE-COUDOL (T.)

Le recours aux moyens électroniques dans la procédure civile, pénale et administrative, Communication Commerce électronique n°11, Novembre 2009, étude 24

PIWNICA (D.)

L'avocat face au divorce : quelle déontologie ? AJF 2004, p.344

POIVEY-LECLERCQ (H.), WEISS-GOUT (B.)

Regards croisés sur les états généraux du droit de la famille, JCP 2007, I, 102

POMART-NOMDEDEO (C.)

Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses, Dr. famille 2010, étude 20

RACINE (J.-B)

Présentation de la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, Revue Europe n°12, décembre 2008, étude 10

RAJOT (B.)

Le grand chantier de la justice française : le Recteur Serge Guinchard formule 65 propositions, Responsabilité civile et assurances n°10, Octobre 2009, alerte 34

REBOURG (M.)

La réforme de l'autorité parentale, JCP 10 avril 2002, act. 178

RIVIER (M.-C)

Le procès judiciaire, RIDE 1997, p.1

RIVIERE (L.)

La Chambre de la famille, Gaz. Pal, 1970, II, doctrine, p.79

ROME (F.)

L'acte sous seing privé nouveau est arrivé : so what ?, Edito, D, 7 avril 2011, p.

ROUQUET (Y.)

Publication de la loi de simplification du droit, D 2009, p.1332

RUBELLIN-DEVICHI (J.)

Droit de la famille : chronique, JCP n°28, 6 juillet 2009, 115

RUBELLIN-DEVICHI (J.), GOUTTENOIRE (A.), BOSSE-PLATIERE (H.), COUTANT-LAPALUS (C.), FLAVIER (Y.)

Droit de la famille, JCP G n°28, 11 juillet 2011, 839, note

SABATER (G.)

Nouvelles technologies et système judiciaire- Le déploiement de la communication dans les juridictions judiciaires, JCP G 2008, I, 223

SVERDRUP (T.)

In European Family Law in Action, Vol 1 : Grounds for Divorce ; p.126

TEISSONIERE (G.)

Etablir la preuve d'un fait sur internet ou le délicat passage du virtuel au réel ; RLDI 2007, n°26, étude 851

THE RT. HON. LORD JUSTICE THORPE, KUMAR (C.)

L'influence du développement de l'interdisciplinarité sur le droit de la famille en Angleterre et au Pays de Galles, L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : Etude pluridisciplinaire, édition Bruland, 2009, p.59

THOMSEN (S.)

La place de l'enfant dans la médiation familiale, Colloque européen « l'enfant et la médiation familiale en Europe », Revue de l'Union nationale des associations familiales n°92-93, 2010, p.24

THOURET (S.)

Les mécanismes procéduraux issus de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, Procédures, Juin 2004, étude 8

VINCKEL (F.)

Aperçu rapide du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions, Procédures n°2, Février 2010, p.39

VAN COMPERNOLLE (J.)

La justice familiale et les principes fondamentaux du droit judiciaire, Familles et Justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, LGDJ 1997, p.384

VOLFF (J.)

La Chambre de la famille de Metz, Gaz. Pal, 1973, II, doctrine, p.504

WEISS-GOUT (B.)

Le nouveau divorce : nouvelles stratégies, nouveau rôle de l'avocat, AJF 2004, p.235

Entretien, Revue Juridique Personne et Famille n°4, avril 2011, p.6

WICKERS (T.)

Allocution de bienvenue, Colloque des Etats généraux du droit de la famille, Gaz. Pal n°84 et 85, du vendredi 25 et samedi 26 mars 2011, p.5

Le droit de la famille sera un des champs d'application principaux de l'acte d'avocat, JCP n°3, 18 janvier 2010, 47

Allocution de bienvenue des 7èmes états généraux du droit de la famille, Gaz. Pal, vendredi 25, samedi 26 mars 2011, p.5

IV. Notes et observations de jurisprudence :

BAZIN (E.)

-observations sous CA Lyon, 2 avril 2009, « *Du nouveau en matière d'audition de l'enfant* », JCP G 2009, 184

BONFILS (P.)

-note sous Civ 2ème, 7 octobre 2004, D. 2005, p.122

BOULANGER (F.)

-note sous Civ 1ère, 22 novembre 2005, n°03-17.912, D. 2006.554

DAVID

-observations sous Civ 1ère, 18 mai 2005 ; AJF 2005, p. 403

-observations sous Civ 1ère, 28 février 2006, AJF 2006, p. 205

-observations sous Civ 1ère, 12 juin 2008 ; AJF 2008, p. 344

EGEA (V.)

-note sous Civ 1ère, 18 mai 2005, D 2005, p.1909

-observations sous Civ 1ère, 17 juin 2009 ; D. 2009, 1758

FAGES (B.)

-observations sous Soc, 23 mai 2007 ; RTD Civ. 2007. 776

FULCHIRON (H.)

-note sous CA Lyon, 5 oct. 1993 ; JCP G 1994, II, 22231

HAUSER (J.)

-note sous Cass, Avis, 1er mars 2004 « *L'enfant et ses trois juges* », RTD Civ, 2004, p.498

-note sous Civ 2ème, 24 mars 1993 ; RTD civ. 1993.565

-observations sous Civ 1ère, 28 février 2006 ; RTD civ. 2006

-observations sous Cass, Civ 1ère, 4 juillet 2006, RTD Civ 2006, p. 745

-observations sous Civ 1ère, 12 juin 2008; RTD civ. 2008. 462

- note sous Civ 1ère, 23 mars 2011 ; RTD. civ, Avril/Juin 2011, p.322

HUYETTE (M.)

-note sous Civ 1ère, 14 mars 2006 ;D 2006, Jur. p.1947

- note sous Cass, Avis, 1er mars 2004, D.2004.1627

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

-note sous Civ 1ère, 18 mai 2005, Dr. famille 2005, comm. n°185

LEGER (N.)

-note sous Civ 2ème, 7 octobre 2004 ; JCP G 2005, II, p. 10025

MARIA (I.)

-note sous Civ 1ère, 23 mars 2011, « *Le mineur, toujours un incapable en matière processuelle* », Dr. famille n°6, Juin 2011, comm. 103

MASSIP (J.)

-observations sous Civ 1ère, 18 mai 2005 ; Defrénois 2005, art.38221, p.1342

-observations sous Civ 1ère, 18 novembre 1992 ; Defrénois 1993. 712

-observations sous Civ 1ère, 12 juin 2008 ; Defrénois 2008. 2424

MESTRE (J.) et FAGES (B.)

-observations sous Civ 2ème, 7 octobre 2004 ; RTD civ 2005, p.135

-observations sous Civ 2ème, 3 juin 2004 ; RTD civ. 2004. 736

MURAT (P.)

-observations sous CA Toulouse, 27 juin 2000 ; Dr. famille 2000, comm. n° 95

- note sous Civ 1ère, 19 septembre 2007, Dr. famille 2007, comm. 192

MULON (E.), CASEY (J.)

-observations sous Civ 1ère, 4 mai 2011, « *Chronique de jurisprudence : droit de la famille* », Gaz.Pal vendredi 12, samedi 13 aout 2011, p.18

RAVANAS

-note sous Civ 2ème, 3 juin 2004 ; D. 2004. Jur. 2069

THIERRY (J.-B)

-observations sous Civ 1ère, 19 septembre 2007, AJF 2007, p.432

WEILLER (L.)

-note sous Soc, 23 mai 2007; JCP 2007. II. 10140

WILLIATE-PELLITTERI

-observations sous Civ 1ère, 23 mai 2006

V. Sites internet

Lexis nexis

Legifrance

Ministère de la Justice

Sénat

Conseil de l'Europe

Gallica